

2017

Guía de Medidas Cautelares para el Recupero de Activos

Dirección General de Recuperación de Activos y
Decomiso de Bienes



MINISTERIO PÚBLICO
FISCAL
PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN
REPÚBLICA ARGENTINA

2017

Guía de Medidas Cautelares para el Recupero de Activos

Dirección General de Recuperación de Activos y
Decomiso de Bienes

Guía de Medidas Cautelares para el Recupero de Activos

Dirección General de Recuperación de Activos y Decomiso de Bienes, a cargo de Carmen Chena.

Diseño: Dirección de Comunicación Institucional | Dirección de Relaciones Institucionales

Edición: Agosto de 2017

ÍNDICE

Introducción	7
I. Etapas del recupero de activos	8
II. Déficits de la etapa precautoria	9
III. Relevancia de la investigación patrimonial previa	10
IV. Cautela de activos en forma temprana	11
IV.1. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE DECOMISO: DE LA PENA ACCESORIA AL DECOMISO SIN CONDENA	11
IV.2. IMPACTO DE LA EVOLUCIÓN DEL DECOMISO EN EL SISTEMA DE MEDIDAS CAUTELARES	13
IV.2.a. Medidas cautelares desde el inicio de las actuaciones (2003)	13
IV.2.b. La cuestión en el CPPN.....	14
IV.2.c. La Resolución PGN N° 129/09	15
V. Objeto de las medidas	16
V.1. DECOMISO	16
V.1.a. Decomiso de los instrumentos del delito	17
V.1.b. Decomiso del producto y provecho del delito.....	19
V.1.c. Decomiso de activos reemplazados, sustituidos, transformados o derivados	20
V.1.d. Decomiso de bienes producto o provecho del delito que se encuentran en poder de terceros no imputados.....	20
V.2. MULTA	22
V.3 RESTITUCIÓN	24
V.4 INDEMNIZACIÓN CIVIL	27
VI. El proceso cautelar	28
VI.1. REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD	29

VI.2. CARACTERES	30
VII. Medidas cautelares en particular	32
VII.1. EMBARGO PREVENTIVO	33
VII.2. CLAUSURA PREVENTIVA	34
VII.3. SECUESTRO	35
VII.4. INHIBICIÓN GENERAL DE BIENES	36
VII.5. INTERVENCIÓN JUDICIAL	37
VII.6. PROHIBICIÓN DE INNOVAR	39
VII.7. PROHIBICIÓN DE CONTRATAR	40
VII.8. ANOTACIÓN DE LITIS	41
VII.9. MEDIDAS GENÉRICAS	42
VIII. Conclusión	44

INTRODUCCIÓN

El recupero de activos es una de las principales herramientas de política criminal diseñadas en las últimas décadas para atacar los delitos vinculados a la criminalidad económica compleja. Esta estrategia complementa la atribución de responsabilidad penal con un sistema de persecución de las ganancias producidas por el delito, buscando impedir que sean utilizadas para financiar futuras actividades delictivas o incorporadas a la economía formal. De esta manera, el decomiso del producto del delito se transforma en la pieza central del recupero de activos, que en la Argentina se completa con las responsabilidades patrimoniales derivadas de la multa, restitución e indemnización civil.

La *Guía de Medidas Cautelares para el Recupero de Activos* fue desarrollada por la Dirección General de Recuperación de Activos y Decomiso de Bienes en el marco de su función orientada a desarrollar una política activa tendiente a identificar, localizar, cautelar y decomisar bienes y fondos ilícitos.

Debido a que el sistema penal se ha encaminado históricamente hacia la sanción del delito y no hacia el recupero de activos, las medidas cautelares dirigidas a asegurar bienes durante el proceso penal carecen del extenso desarrollo que exhiben en materia civil y comercial. En ese marco, se presenta esta herramienta de trabajo con el objetivo de desplegar las particularidades de la etapa del recupero de activos vinculada con la adopción temprana de medidas cautelares destinadas a asegurar bienes durante el proceso penal, a la vez que se incorpora en el documento un análisis teórico y práctico de los múltiples desafíos que importa esta crucial etapa de la estrategia de recupero.

La elaboración de la Guía forma parte de los esfuerzos que viene realizando el Ministerio Público Fiscal de la Nación para incrementar la eficiencia de las investigaciones de criminalidad compleja, así como para cumplir con los compromisos internacionales asumidos por nuestro país¹, entre los que se destaca: (1) el dictado de resoluciones específicas en materia de investigación patrimonial y de inmovilización temprana de activos (Resolución PGN N° 168/06, Resolución PGN N° 129/09 y Resolución PGN N° 134/09); (2) la difusión de herramientas prácticas de investigación patrimonial, tales como el “Manual de Investigación Patrimonial” elaborado en 2011 por la Oficina de Coordinación y Seguimiento en Materia de Delitos Contra la Administración Pública (OCDAP), aprobado por Resolución PGN N° 49/11; (3) la creación de procuradurías especializadas en las áreas de mayor conflictividad y complejidad; (4) la creación de la Dirección General de Asesoramiento Económico y Financiero en las Investigaciones y de la Dirección General de Recuperación de Activos y Decomiso de Bienes.

¹ Ver, entre otros instrumentos, la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (ONU), Viena, 1988 (ley 24.072, B.O. 14/4/1992); la Convención Interamericana contra la Corrupción, Caracas, 1996 (ley 24.759, B.O. 17/1/1997); la Convención sobre la Lucha Contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, (OCDE), París, 1997 (ley 25.319, B.O. 18/10/2000); el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, Nueva York, 1999 (ley 26.024, B.O. 19/4/2005); la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Palermo, 2000 (ley 25.632, B.O. 30/8/2002); la Convención Interamericana contra el Terrorismo, Bridgetown, 2002 (ley 26.023, B.O. 18/4/2005); y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Nueva York, 2003 (ley 26.097, B.O. 9/6/2006).

I. ETAPAS DEL RECUPERO DE ACTIVOS

Desde el punto de vista del flujo de trabajo, el recupero de activos se desarrolla en cuatro fases o etapas, que en los casos que involucran a más de una jurisdicción se encuentran atravesadas por los mecanismos de la cooperación internacional o asistencia mutua legal, a saber: (1) investigación patrimonial; (2) medidas cautelares; (3) administración de activos cautelados; y (4) decomiso, multa, restitución e indemnización civil.

Etapas del recupero de activos



El proceso de recupero de activos comienza con una etapa de investigación patrimonial, dirigida a identificar y localizar los bienes pasibles de decomiso o restitución (instrumentos, objeto, producto y provecho del delito), así como los activos suficientes para garantizar la eventual imposición de una pena pecuniaria, y la indemnización civil (etapa 1).

Luego se desarrolla la etapa precautoria, sobre la que versa esta Guía de Medidas Cautelares para el Recupero de Activos, orientada a asegurar los bienes identificados a fin de que durante el transcurso del proceso no se realicen actos que impidan su ejecución (etapa 2).

Una vez que los bienes han sido cautelados, se produce la etapa de administración de activos, vinculada con la necesidad de conservar el valor de los bienes durante el proceso a los efectos de su posterior decomiso o restitución, así como para asegurar la pena pecuniaria y la indemnización civil (etapa 3).

Finalmente, se desarrolla la etapa en la que a) se dispone la restitución de los bienes a la víctima, b) la reparación integral de los daños ocasionados por el delito a través de la de indemnización civil, c) se aplica la pena pecuniaria y d) se transfiere de manera definitiva el dominio de lo decomisado en favor del Estado o de terceros, dependiendo de lo que disponga la normativa aplicable a cada caso (etapa 4).

Por lo demás, debe tenerse presente que en los casos más complejos, que involucran el recupero de activos en el extranjero, cualquiera de estas cuatro etapas puede verse atravesada por mecanismos de cooperación internacional tendientes a obtener medidas de prueba, medidas cautelares, decomisos y/o repatriaciones que permitan transferir al Estado requirente los bienes que se encuentran en otra jurisdicción.

II. DÉFICITS DE LA ETAPA PRECAUTORIA

En la Argentina, la etapa cautelar del recupero de activos suele tener un impacto limitado. Los principales obstáculos al respecto son: (1) que no se realiza una investigación patrimonial previa que permita llegar a la instancia cautelar con bienes ya identificados y localizados; (2) que las medidas se ordenan en una instancia avanzada de las actuaciones, generalmente al dictar el auto de procesamiento y en forma genérica sin identificar activos concretos; y (3) que muchas veces las medidas no quedan efectivamente trabadas porque se descuidan aspectos formales como su inscripción registral o la notificación al afectado.

Es muy común encontrar autos de procesamiento en los que directamente, sin una investigación patrimonial previa, se ordena la inhibición general de bienes como si ya se hubiera determinado la inexistencia o insuficiencia de bienes embargables en los términos del art. 518 CPPN, que permite decretar la inhibición si el imputado o el civilmente demandado no tuviere bienes o si lo embargado fuere insuficiente.

También son habituales los procesamientos en los que se ordena de manera genérica trabar embargo sobre los bienes de los imputados hasta cubrir una suma determinada, pero sin identificar activos concretos, con lo cual en los hechos no se inmoviliza ningún bien, situación que se mantiene hasta el dictado de la sentencia. Además, en muchos casos se dispone que sea el propio imputado quien debe presentar bienes a embargo. El desatino que importa esta situación fue correctamente advertido por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, en cuanto sostuvo que “[l]a mera citación de la imputada a los estrados del tribunal para que manifieste si posee dinero o bienes para afectar a la medida [de embargo] resulta, cuanto menos, ingenua”².

² CNPE, sala A, “Catty Man s/inf. art. 302 del CP s/ inc. de embargo s/ rec. de queja por apelación denegada”, LA LEY 2001-E, 694.

En ocasiones, la citación al imputado para que ofrezca bienes a embargo se complementa otorgándole un plazo (usualmente de cinco días), bajo apercibimiento de decretar su inhibición general de bienes “sin más trámite”. No obstante, ello no permite resguardar efectivamente los activos pues, como veremos al analizar las medidas cautelares en particular, la inhibición limita sus efectos al ámbito material y territorial correspondiente al registro en el cual se la anota³. Pero, además, no puede soslayarse que la medida de inhibición general de bienes, utilizada como remedio ante la falta de investigación patrimonial, no nos permite llegar a la etapa de juicio con bienes concretos identificados que puedan ser alcanzados por el decomiso.

Es evidente que estas prácticas conspiran contra la posibilidad de lograr la efectiva recuperación de activos, porque las medidas precautorias se adoptan demasiado tarde, permitiendo que los imputados, ya anoticiados de que enfrentan una persecución penal, se desprendan de los activos o los oculten utilizando testaferros, sociedades pantalla, etcétera. Asimismo, en muchas ocasiones la cautela de los bienes ni siquiera se produce con el auto de procesamiento, dado que al ordenar medidas genéricas sin identificar activos concretos (o al soslayar los recaudos formales de inscripción y notificación), éstas no quedan efectivamente trabadas, con lo que se presentan casos que llegan a juicio sin haber asegurado ningún bien.

En lo que sigue, se procura abordar cada uno de estos déficits y se analizará brevemente: el problema vinculado con la investigación patrimonial previa; la necesidad de adoptar medidas cautelares en forma temprana y el objeto al que deben dirigirse dichas medidas; y las estrategias para superar las cuestiones procesales y formales.

III. RELEVANCIA DE LA INVESTIGACIÓN PATRIMONIAL PREVIA

Considerando que las posibilidades reales de asegurar activos para su recupero en las causas vinculadas a la criminalidad económica compleja dependen de su previa identificación y localización, resulta imprescindible adoptar medidas dirigidas a ese fin desde el inicio del proceso⁴.

Si bien esta cuestión escapa al objetivo principal de este trabajo, su carácter crucial en relación con las probabilidades de éxito de la estrategia cautelar aconseja recordar que la Resolución PGN N° 134/09 encomienda de manera expresa a los y las fiscales dicha tarea en los casos de corrupción, narcotráfico, lavado de dinero, trata de personas, evasión tributaria, contrabando y demás delitos relacionados con la criminalidad económica. Así, la norma citada instruye a los/as magistrados/as para que, desde el

³ Cuando se trata, como es obvio, de bienes registrables.

⁴ Debe destacarse que ello no supone la formulación de un proceso penal paralelo dirigido a la eventual investigación del delito de lavado de activos, sino que se trata de una etapa de búsqueda de activos pasibles de decomiso en el marco de la causa de que se trate.

comienzo del proceso –sea en uso de las facultades previstas por el art. 196 del CPPN o en virtud de lo dispuesto por los arts. 7 y 8 de la LOMPF–, realicen las investigaciones patrimoniales necesarias que permitan la identificación de los bienes o el dinero vinculado a la maniobra ilícita investigada, de modo tal que sobre éstos pueda recaer eventualmente las restituciones correspondientes, el decomiso o, en su defecto, la individualización de activos susceptibles de ser embargados para hacer luego efectiva la indemnización civil. Al respecto, puede resultar de utilidad consultar el mencionado “Manual de Investigación Patrimonial”, aprobado por Resolución PGN N° 49/11, y la “Guía de Investigación Financiera” elaborada por la Dirección General de Asesoramiento Económico y Financiero en las Investigaciones (DAFI), justamente como herramientas tendientes a facilitar el cumplimiento de la directiva en cuestión⁵.

La actual Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal (ley 27.148)⁶, que en su art. 7 regula las facultades de sus integrantes en materia de requerimientos de colaboración, puede ser utilizada de modo significativo para realizar el tipo de investigaciones patrimoniales que demanda una política eficiente de recupero de activos ilícitos. Así, pueden efectuarse pedidos de colaboración e información a organismos públicos y privados nacionales de modo directo y, en el caso de los organismos internacionales o extranjeros, de conformidad con las Resoluciones MP 28/99, MP 72/99, MP 23/02 y PGN 121/06 (referidas al viejo art. 26), puede requerirse su colaboración ante las autoridades de aplicación previstas en los convenios celebrados por la Argentina a través de la Procuradora General de la Nación.

IV. CAUTELA DE ACTIVOS EN FORMA TEMPRANA

IV.1. Evolución del concepto de decomiso: de la pena accesoria al decomiso sin condena

Para vislumbrar las razones jurídicas que explican la necesidad de adoptar medidas precautorias desde el inicio de las actuaciones, debe describirse la evolución que ha tenido el concepto de decomiso en nuestro sistema penal desde la incorporación al art. 23 CP del decomiso del producto y provecho del delito, mediante la Ley N° 25.188 en 1999. Esta reforma implicó el abandono por parte del legislador argentino de la concepción tradicional según la cual el decomiso es una mera pena accesoria a la condena, para adoptar una visión moderna que lo concibe como una herramienta orientada al recupero de activos provenientes del delito, que procura “impedir que el autor del ilícito penal pueda seguir disfrutando de lo que por él obtuvo”⁷.

⁵ En esa línea, resulta una herramienta de utilidad para realizar una investigación patrimonial la plataforma virtual de investigación financiera elaborada por la DAFI y disponible en la intranet del MPF.

⁶ Sancionada el 10 de junio de 2015 y promulgada el 17 de junio de 2015.

⁷ CNCP, Sala IV, “Alsogaray, María Julia”, 9/6/05 (voto del Dr. Hornos).

Para comenzar, debe considerarse que “[l]a noción de que nadie debe beneficiarse de sus acciones ilícitas es un principio reconocido por todas las tradiciones jurídicas”⁸. En este sentido, la CSJN tiene dicho que “los jueces tienen el deber de resguardar dentro del marco constitucional estricto la razón de justicia, que exige que el delito comprobado no rinda beneficios”⁹. Sin embargo, debido a que las monarquías habían abusado del decomiso, distorsionando su uso para incrementar las rentas fiscales, esta herramienta fue objeto de desconfianza en la modernidad¹⁰. Así, las transferencias de propiedad de los particulares al Estado se limitaron a las expropiaciones basadas en una ley que declare su utilidad pública, y revisables judicialmente, tal como lo establece el art. 17 de la Constitución Nacional, que además dispone expresamente que “la confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino”.

En el mismo sentido, en el ámbito del proceso penal dicha visión circunscribió el decomiso a los instrumentos del delito (*instrumentum sceleris*) y al objeto del delito (*objetum sceleris*)¹¹. En la Argentina, tal era precisamente la perspectiva que informaba el instituto del decomiso en la redacción originaria del art. 23 CP¹², que limitaba el decomiso a los instrumentos del delito y a sus “efectos”, término generalmente interpretado de modo restrictivo como referido al objeto del delito. En consecuencia:

[E]l decomiso se revela[ba] como una medida ‘*in personam*’, es decir, como una pena accesoria a una sentencia de condena que, por ello, no puede ser aplicada en caso de fallecimiento o rebeldía del acusado y que sólo puede alcanzar los bienes de su propiedad que utilizó como instrumento del delito o que fueron su producto -directo-¹³.

La reforma del art. 23 CP mediante la Ley N° 25.188 vino a establecer una nueva concepción, inscripta en la tendencia global iniciada en los años ’80, orientada a decomisar el producto y el provecho del delito para reducir los mercados ilícitos vinculados con la criminalidad organizada, como el narcotráfico, la corrupción, el lavado de activos, etc.¹⁴. Esta nueva visión se encontraba incorporada ya por entonces a algunas leyes penales especiales en nuestro país, como el art. 25 de la Ley N° 23.737 (derogado por la Ley N° 25.246); los arts. 30 y 39 de la Ley N° 23.737; y el viejo art. 278, inc. 4 del Código Penal, según reforma operada por la Ley N° 25.246. Sin embargo, la reforma de 1999 estableció por primera vez para todos los delitos el decomiso “*de las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito*”.

8 Jorge, Guillermo, “El decomiso del producto del delito”, op. cit., p. 67.

9 CSJN, Fallos, 254:320; 275:389; 279:54; 279:138; 283:66; 313:1305; 320:277; 321:2947 y 323:929, entre otros.

10 Íd., p. 68.

11 Íd., p. 69.

12 CCCFed., Sala I, “Vago, Gustavo (Skanska S.A.) s/embargo preventivo”, 31/08/10.

13 Íd.

14 Jorge, Guillermo, “El decomiso del producto del delito”, ob. cit., p. 67.

Con el mismo objetivo de privar al autor del hecho de las ganancias del delito, la reforma incorporó la posibilidad de decomisar bienes en poder de sujetos no condenados: (a) personas de existencia ideal que se hubieren beneficiado del producto o provecho del delito cometido por sus órganos, miembros y administradores; y (b) terceros que se hubieren beneficiado del producto o provecho del delito a título gratuito. De este modo, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia¹⁵, el carácter *in personam* que tuvo históricamente el decomiso en nuestro derecho (sanción penal dirigida al condenado) comienza a alcanzar algunos caracteres *in rem*, atendiendo al origen de los bienes.

Este avance hacia sistemas de decomiso *in rem* continuó en nuestro país con la sanción de la Ley N° 26.683, en junio de 2011, que volvió a reformar al art. 23 CP e incorporó la figura del decomiso sin condena (también llamado “decomiso anticipado”) respecto de los delitos contra el orden económico y financiero¹⁶ cuando se comprueba la ilicitud del origen de los bienes o la del hecho al que se vinculan y el imputado no puede ser enjuiciado por las clásicas causales de suspensión o extinción de la acción penal (fallecimiento, fuga, prescripción, etc.) o bien reconoce la procedencia o el uso ilícito de los bienes. Asimismo, la reforma estableció que todo reclamo o litigio sobre el origen, naturaleza o propiedad de los bienes debe realizarse mediante una acción administrativa o civil de restitución.

Es decir, sin perjuicio de que se exija o no condena penal previa al efectivo decomiso de los instrumentos, objetos y provecho del delito, lo cierto es que a partir de la reforma de 1999 (y mucho más desde la reforma de 2011) el sistema penal argentino incorpora en forma categórica decomisos de características *in rem*, en los que “[l]os bienes sujetos a decomiso (...) tienen una relación específica con el delito: son instrumentos, efectos o el provecho obtenido, con independencia de que se encuentren en poder del imputado o de terceros, salvo cuando éstos son de buena fe y los adquirieron a título oneroso”¹⁷.

IV.2. Impacto de la evolución del decomiso en el sistema de medidas cautelares

IV.2.a. Medidas cautelares desde el inicio de las actuaciones (2003)

El significativo cambio operado en la concepción del decomiso desde 1999 impactó de manera directa en el diseño institucional que el legislador previó para las medidas cautelares tendientes a inmovilizar activos, en cuanto estableció la posibilidad de adoptarlas de manera temprana, sin perjuicio de cómo se configure progresivamente el mayor o menor estado de sospecha respecto de la culpabilidad del imputado. Así, habiéndose ya regulado en 1999 el decomiso del producto y provecho del delito y el decomiso de bienes de terceros no condenados, en el año 2003, se reformó el art. 23 CP, mediante la Ley N° 25.815, con el propósito de “excluir la posibilidad de que el [autor del hecho]

15 CCCFed., Sala I, “Vago, Gustavo (Skanska S.A.) s/embargo preventivo”, 31/08/10.

16 Título XIII del libro Segundo del CP.

17 Jorge, Guillermo, “Recuperación de activos de la corrupción en Argentina. Recomendaciones de política institucional y agenda legislativa”, Universidad de San Andrés y Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia, Buenos Aires, 2009, p. 42.

obtenga un lucro como consecuencia del delito”¹⁸, según manifestara la diputada informante en la Cámara de Diputados.

La reforma introdujo una serie de modificaciones¹⁹ entre las que se destaca, en lo que aquí interesa, la incorporación de los actuales párrafos 9° y 10° de la norma, que permiten que el/la juez adopte medidas cautelares desde el inicio de las actuaciones para asegurar tanto los instrumentos del delito como su producto o provecho. Así, el art. 23 CP dispone que:

El juez podrá adoptar desde el inicio de las actuaciones judiciales las medidas cautelares suficientes para asegurar el decomiso del o de los inmuebles, fondos de comercio, depósitos, transportes, elementos informáticos, técnicos y de comunicación, y todo otro bien o derecho patrimonial sobre los que, por tratarse de instrumentos o efectos relacionados con el o los delitos que se investigan, el decomiso presumiblemente pueda recaer.

El mismo alcance podrán tener las medidas cautelares destinadas a hacer cesar la comisión del delito o sus efectos, o a evitar que se consolide su provecho.

IV.2.b. La cuestión en el CPPN

Desde el punto de vista de la legislación procesal, la posibilidad de dictar medidas cautelares desde el inicio de las actuaciones surge del art. 518 CPPN. La norma dispone que:

Al dictar el auto de procesamiento, el juez ordenará el embargo de bienes del imputado o, en su caso, del civilmente demandado, en cantidad suficiente para garantizar la pena pecuniaria, la indemnización civil y las costas.

Si el imputado o el civilmente demandado no tuvieren bienes, o lo embargado fuere insuficiente, se podrá decretar su inhabilitación.

*Sin embargo, las medidas cautelares podrán dictarse antes del auto de procesamiento, cuando hubiere peligro en la demora y elementos de convicción suficientes que las justifiquen*²⁰.

Si bien el art. 518 CPPN no refiere expresamente al decomiso, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal ha indicado:

18 Cámara de Diputados de la Nación, 11a. Reunión, 3a. Sesión Ordinaria, 16/06/2003, párrafo N° 22.

19 Además de la reforma que se menciona en el texto, la Ley N° 25.815 estableció que el decomiso debe pronunciarse en todos los casos en que recaiga condena; y dispuso que en el caso de condena impuesta por alguno de los delitos previstos por los artículos 142 bis o 170 CP, el decomiso comprendería la cosa mueble o inmueble donde se mantuviera a la víctima privada de su libertad, bienes que serían afectados a programas de asistencia a la víctima junto con el producido de las multas (antecedente del actual párrafo 6to incorporado por Ley N° 26.842).

20 El resaltado nos pertenece.

[E]l art. 518 del C.P.P.N. persigue como finalidad “...asegurar la eventual responsabilidad pecuniaria ante la eventualidad de una condena...” (cfr. c/n° 41.150, “Azcarate, Javier s/ apela embargo preventivo”, del 17/9/08, reg. N° 1051, entre muchas otras). Entre ellas y tal como se desprende de la lectura del art. 30 del C.P., corresponde computar ‘el decomiso del producto o el provecho del delito’ aun cuando, según lo expuesto, éste no sea equiparable a una pena de multa ni tampoco, a la indemnización de los daños y perjuicios²¹.

Por lo demás, realizando una interpretación armónica del art. 518 CPPN (nunca reformado) con las reformas operadas sobre el art. 23 CP, debe concluirse que aun desde el punto de vista exclusivamente procesal, siempre que se encuentren configurados los presupuestos de admisibilidad de las medidas cautelares (verosimilitud del derecho y peligro en la demora) *los jueces pueden adoptar medidas precautorias desde el inicio de las actuaciones, es decir, antes del auto de procesamiento²² e incluso antes de la convocatoria a prestar declaración indagatoria*. En esta línea, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional tiene dicho que:

[S]i bien es cierto que los estándares de probabilidad requeridos por la última parte del art. 518 del Código Procesal Penal (‘elementos de convicción suficientes’), y por el inciso primero del art. 230 del Código Procesal Civil y Comercial (‘verosimilitud del derecho’), son asimilables al exigido por el art. 294 (‘motivo bastante para sospechar’), el formal llamado a prestar declaración indagatoria no es requisito indispensable para el dictado de una medida precautoria en el proceso penal²³.

IV.2.c. La Resolución PGN N° 129/09

En el marco establecido, según se ha visto, por los arts. 23 CP y 518 CPPN, mediante la Resolución PGN N° 129/09 la Procuración General de la Nación impulsó de manera enérgica la intervención activa y coordinada de los y las fiscales de todas las instancias para lograr la pronta inmovilización de bienes. Ello así, a efectos de asegurar el recupero de activos de origen ilícito vinculados a hechos de corrupción, narcotráfico, lavado de dinero, trata de personas, evasión tributaria, contrabando y demás delitos vinculados a la criminalidad económica.

La resolución citada buscó corregir la situación que por entonces se advertía en cuanto a la existencia de “una errónea convicción general de que las medidas cautelares sólo resultan procedentes cuando media el dictado de un auto de procesamiento o, por lo menos, el llamado a prestar declaración indagatoria”. Y es que, como allí se indicó, “no existe en nuestro orden legal ninguna limitación en tal sentido” y son los requisitos genéricos de las medidas cautelares (verosimilitud del derecho y

21 CCCFed., Sala I, “Vago, Gustavo (Skanska S.A.) s/embargo preventivo”, 31/08/10.

22 Ver CCCFed., Sala I, “García, Alberto Marcelo y otro s/rechazo de la solicitud de levantamiento de medidas cautelares”, 24/11/11 (voto del Dr. Freiler) y CCCFed., Sala I, “Dukarevich, Pablo s/embargo”, 28/05/2009.

23 CCC, Sala I, “Zambón, María Luisa s/medida de no innovar”, 27/10/05.

peligro en la demora) “y no el llamado a prestar declaración indagatoria o el dictado de un auto de procesamiento, los que habilitan la medida”. Es por ello que en dicha oportunidad se instruyó a los y las fiscales para que, una vez acreditados mínimamente los requisitos de procedencia de la medida cautelar, tengan o no delegada la instrucción, requieran al/la juez interviniente el embargo preventivo de los bienes que correspondan.

Vale aclarar que si bien la resolución PGN N° 129/2009 solo hace mención al embargo preventivo, esta no es la única medida cautelar que puede dictarse, sino que, de acuerdo al caso, habrá medidas más idóneas cuya adopción también deberá ser propiciada por los y las fiscales.

V. OBJETO DE LAS MEDIDAS

Las medidas cautelares de naturaleza patrimonial procuran esencialmente asegurar cuatro tipos de responsabilidades pecuniarias: (a) el decomiso; (b) la restitución; (c) las multas; y (d) la indemnización civil²⁴. El objeto sobre el cual deberán recaer las medidas cautelares para asegurar estas responsabilidades será, pues, distinto según el caso.

Las posibilidades reales de ejecutar el decomiso, la multa, la restitución y la indemnización civil luego de la condena dependerán del éxito de la estrategia precautoria orientada desde el inicio de las actuaciones hacia la efectiva satisfacción de todas estas responsabilidades pecuniarias. Es por ello que, si bien el análisis pormenorizado de dichas categorías escapa a este documento, a continuación se formulan algunas consideraciones al respecto.

V.1. Decomiso

Como se dijo en la introducción, el decomiso es la pieza clave de la política de recupero de activos. Al respecto, la práctica actual tendiente a decomisar (cuando se logran decomisos) casi exclusivamente los instrumentos del delito en desmedro de las ganancias que constituyen el producto o el provecho del delito, aconseja revisar aquí algunas nociones fundamentales respecto de las categorías de bienes sobre los que puede recaer el decomiso de conformidad con el art. 23 CP, a saber: instrumentos, objeto y producto o provecho del delito.

²⁴ También constituye una responsabilidad pecuniaria en el proceso penal el pago de las costas del proceso (art. 29, inc. 3 CP), aunque ello no se considera aquí por no vincularse con la política de recupero de activos ilícitos.

V.1.a. Decomiso de los instrumentos del delito

En relación con los instrumentos del delito, el art. 23 CP dispone: (a) que el decomiso procede respecto de “*las cosas que han servido para cometer el hecho*” (1er párrafo); (b) que en el caso de condena por los delitos previstos en los arts. 125, 125 bis, 127, 140, 142 bis, 145 bis, 145 ter y 170 “*queda comprendido entre los bienes a decomisar la cosa mueble o inmueble donde se mantuviera a la víctima privada de su libertad u objeto de explotación*” (sexto párrafo); y (c) que el/la juez puede adoptar medidas cautelares desde el inicio de las actuaciones para asegurar el decomiso de los instrumentos relacionados con el delito (noveno párrafo).

Al respecto, debe tenerse presente que, como sostiene D’Alessio, “son instrumentos del delito (*instrumenta sceleris*) los objetos que intencionalmente han sido utilizados para consumir o intentar el delito, como por ejemplo armas, inmuebles, vehículos, cuentas bancarias, ya sea que de tales objetos se hayan servido todos los participantes o algunos de ellos”²⁵. En el mismo sentido, la jurisprudencia entiende que “[s]on instrumentos del delito los objetos intencionalmente utilizados para consumir o intentar el delito”, sea que se trate de objetos destinados específicamente al delito u ocasionalmente utilizados para la comisión de éste”²⁶.

En general, la aplicación de estas normas no ofrece dificultades cuando los bienes se encuentran a nombre del imputado, pero muchas veces los instrumentos utilizados para cometer el delito (muebles o inmuebles) están a nombre de terceras personas, físicas o jurídicas, siendo la regla general establecida en el art. 23 CP que deben dejarse a salvo del decomiso los derechos de terceros.

Ahora bien, varias normas específicas²⁷ delimitan la noción de “tercero” exigiendo que se trate de una *persona ajena al hecho y que las circunstancias del caso o elementos objetivos acrediten que no podía conocer tal empleo ilícito*, y en esa línea la jurisprudencia en muchos casos ha determinado el verdadero alcance de la protección de los derechos de terceros.

En este sentido, la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal ha sostenido que “asiste razón a la fiscalía por cuanto la señora O. no podía desconocer la finalidad ilícita con la que sus bienes estaban siendo utilizados por su pareja V., por lo que no puede ser considerada como un ‘tercero no responsable’ en los términos del artículo 23 del Código Penal”²⁸.

25 D’ALESSIO, Andrés José (ed.), Código Penal de la Nación comentado y anotado, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, t. I, p. 129.

26 CNCP, sala IV, “Jerez, Víctor E”, 08/09/2003 (con cita de Núñez).

27 Así, el art. 30 de la ley 23.737 dispone que “se procederá al comiso de los bienes e instrumentos empleados para la comisión del delito, salvo que pertenecieren a una persona ajena al hecho y que las circunstancias del caso o elementos objetivos acrediten que no podía conocer tal empleo ilícito”. En idéntico sentido, el art. 876, inc. b, del Código Aduanero prevé “el comiso del medio de transporte y de los demás instrumentos empleados para la comisión del delito, salvo que pertenecieren a una persona ajena al hecho y que las circunstancias del caso determinaren que no podía conocer tal empleo ilícito”.

28 CFPC, Sala III, “Alecho, José Luis- Vázquez, Carlos Rodolfo s/rec. Casación”, causa CFP 3645/2010/T01/1/CF1, rta.: 17/10/2016.

Por su parte, en un caso en el que se investigaba el delito de explotación de la prostitución ajena, se ordenó una medida cautelar sobre el inmueble utilizado para cometer el delito, afirmando que:

*“la argumentación fiscal para soslayar la titularidad registral del inmueble a nombre de la esposa de Mazzeo, no imputada en la causa, resulta de recibo –sin perjuicio de lo que oportunamente se resuelva- en este estadio intermedio del proceso, pues cierto es que, con independencia de la imputación temporal acotada que se formuló en la indagatoria, el inmueble habría funcionado como prostíbulo muchos años antes. Esa prolongación temporal en punto al destino que se le dio, el vínculo estrecho de la titular registral con el imputado, que lo administraba, y la reiteración de denuncias y reclamos del consorcio, otorgan suficiente sustento a la sospecha fiscal de que *la dueña del inmueble no pudo ignorar ese destino dado a su propiedad por el esposo y, en consecuencia, no sería una tercera completamente ajena al ilícito verificado y, aunque no se le formulara imputación penal, sí parece de recibo que cuanto menos pueda sufrir la cautelar que se reclama, a fin de garantizar en el futuro, en caso de condena, un eventual decomiso del inmueble, si correspondiera*”²⁹.*

En esa línea, en el caso “Nitemax”³⁰ la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal confirmó el rechazo del pedido de levantamiento de una medida cautelar sobre un campo que habría sido adquirido por una persona jurídica, por cuanto las pruebas recolectadas hasta ese momento permitían sospechar de una vinculación entre esa firma con algunas de las sociedades de las que se habrían valido los imputados para el desarrollo de la actividad de lavado de activos, por la que se encontraban procesados. Así, indicó que *“[t]ales circunstancias impiden reconocer en el peticionante –al menos, de momento– a un tercero de buena fe ajeno a los hechos investigados, cuyo derecho de propiedad no podría ser menoscabado por la medida cautelar cuya subsistencia propiciamos”*.

Es decir que únicamente quedarán excluidos del decomiso *los derechos de terceros titulares del bien mueble o inmueble utilizado como instrumento del delito, en la medida que puedan ser reputados de “buena fe”*³¹.

Desde el punto de vista práctico, teniendo en cuenta los precedentes citados, podemos afirmar que no serán reputados de “buena fe”, completamente ajenos al ilícito verificado en los términos del artículo 23 CP, y por consiguiente serán alcanzados por el decomiso, los “terceros”, cuando se hubiera podido acreditar que: a) siendo propietario legítimo del bien no pudo ignorar el destino o finalidad ilícita dada a los bienes; y b) figura como adquirente del bien pero a partir de una operación simulada realizada para evitar que los mismos sean alcanzados por el decomiso.

29 Juzgado Nac. en lo Criminal de Instrucción N° 10, causa “Mazzeo”, n° 740054201/11, 29/09/2015.

30 Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I, causa N° 43.971, “Nitemax S.A. s/levantamiento de medida de no innovar”, 25/2/2010. causa N° 43.971, “Nitemax S.A. s/levantamiento de medida de no innovar”, del 25/2/010, reg. N° 124.

31 Así se ha dispuesto que el mantenimiento de una medida cautelar sobre un vehículo carece de justificación si, “la documentación aportada por la nombrada en esta incidencia permite inferir que la compra del vehículo ha sido una operación real, efectuada de buena fe, por quien no pudo razonablemente conocer el presunto origen espurio del automotor que estaba adquiriendo. Adviértase, en ese mismo sentido, que la reclamante adquirió el bien en cuestión casi dos años antes de que, en el marco de esta investigación, se configurara un estado de sospecha en torno a la adquisición del mismo”.

Por cierto, cualquiera de estas circunstancias habrán de ser establecidas respetando las garantías del debido proceso legal, aun cuando los estándares de prueba para determinar la “buena o mala fe” de los terceros se rijan por las pautas del procedimiento civil, según lo prescripto en el octavo párrafo del art. 23CP³² y 520 CPPN, tramitándose por cuerda separada (art 521 CPPN). Es decir que siempre debe garantizarse el derecho de defensa de la persona sobre la cual recaerá oportunamente la medida, quien podrá ser oída, en consecuencia, sobre todas aquellas circunstancias requeridas para que el decomiso alcance eventualmente su patrimonio³³.

V.1.b. Decomiso del producto y provecho del delito

El art. 23 CP prevé esta categoría de bienes cuando establece: (a) que el decomiso procede sobre “*las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito*” (primer párrafo); (b) que el decomiso debe pronunciarse contra el mandante y contra las personas de existencia ideal que se beneficiaron del producto o provecho del delito cuyo autor o partícipes actuaron como mandatarios del primero o como órganos, miembros o administradores de estas últimas (tercer párrafo); (c) que también debe pronunciarse contra un tercero beneficiario del producto o provecho del delito a título gratuito (cuarto párrafo); y (d) que el/la juez puede adoptar medidas cautelares desde el inicio de las actuaciones para asegurar el decomiso de los efectos relacionados con el delito (noveno párrafo).

Como se indicara en la sección IV.1, en la redacción originaria del Código Penal el decomiso se limitaba a los instrumentos del delito y a sus “efectos”, término generalmente interpretado de modo restrictivo como referido al objeto del delito. Y es que, de conformidad con la concepción tradicional, las medidas cautelares eran dictadas “para preservar el objeto del delito y los instrumentos, que son los elementos probatorios por excelencia”³⁴, lo cual “se explica porque la etapa de investigación se centra[ba] en determinar la materialidad del delito y no en recuperar bienes”³⁵.

Sin embargo, a partir de la reforma de 1999 al art. 23 CP se incluye de manera clara el decomiso (y, por tanto, las medidas cautelares) respecto de “las ganancias que son el producto o el provecho del delito”, con lo que el decomiso deja de comprender sólo los instrumentos y el objeto material o producto directo del delito para incluir, además, el producto indirecto o provecho. En consecuencia, “cuando el decomiso se dirige contra el producto del delito, se pretende abarcar los bienes y ganancias obtenidos por la actividad delictiva y el objeto del delito”³⁶, lo que refiere a “el dinero, cosa u objeto

32 “Todo reclamo o litigio sobre el origen, naturaleza o propiedad de los bienes se realizará a través de una acción administrativa o civil de restitución. Cuando el bien hubiere sido subastado sólo se podrá reclamar su valor monetario”.

33 Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I, “Vago, Gustavo (Skanska S.A.) s/embargo preventivo”, 31/08/2010.

34 FREEDMAN, Diego, “El decomiso del producto del delito en la Argentina”, en JORGE, Guillermo (ed.), *Recuperación de activos de la corrupción*, ob. cit., p. 336.

35 Íd.

36 Íd, p. 323.

obtenido por el hecho punible, denominados clásicamente *producta sceleris*³⁷.

En este sentido, tratándose de delitos tributarios se ha dicho que “...el delito fiscal supone un incremento del patrimonio del defraudador, con bienes que de otro modo no estarían en el mismo. De esta manera todos aquellos bienes que tienen su origen en dicha actividad delictiva, constituyen producto del delito y por tanto deben ser cautelados para asegurar su eventual decomiso”³⁸.

V.1.c. Decomiso de activos reemplazados, sustituidos, transformados o derivados

Debe subrayarse que, tanto respecto de los instrumentos como del producto del delito, el decomiso puede recaer sobre elementos por los cuales éstos hayan sido reemplazados, sustituidos o transformados total o parcialmente³⁹, así como respecto de los ingresos u otros beneficios derivados de dicho producto o de su transformación⁴⁰.

En ese sentido, la jurisprudencia sostuvo que “...el decomiso abarca al producto convertido o transformado, al mezclado con otros bienes y al ingreso del producto o su transformación. Así lo entiende la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional en su Anexo I al entender como ‘producto del delito’ a los bienes de cualquier índole derivados directa o indirectamente de la comisión de un delito; estableciendo que deben adoptarse medidas que permitan el decomiso cuando el producto del delito se haya transformado o convertido parcial o [to] talmente en otros bienes, se hay[an] mezclado con bienes adquiridos de fuentes ilícitas, así como también los ingresos u otros beneficios derivados de los anteriores, podrán ser objeto de las medidas previstas de la misma manera y en el mismo grado que el producto del delito”⁴¹.

V.1.d. Decomiso de bienes producto o provecho del delito que se encuentran en poder de terceros no imputados

Como señalamos, el art. 23 CP prevé que en todos los casos en que recayese condena por delitos previstos en el Código Penal o en leyes especiales, ella decidirá el decomiso de las ganancias que son el producto o el provecho del delito, el que podrá alcanzar a personas de existencia ideal, cuando se hubiesen beneficiado en razón de esas ganancias y el autor o los partícipes del delito hubiesen

37 TOF N° 4, “María Julia Alsogaray”, 31/05/2004.

38 Jdo. Federal de San Rafael, “Matar, Emilio s/evasión simple y evasión tributaria agravada, dte: AFIP-DGI”, causa n°FMZ 10161/2015, rta: 6/10/2015.

39 CNPE, Sala III, “Flageat, Alberto E.”, 24/07/1981.

40 Ver CFCP, Sala III, “Sánchez, Pedro Norberto y otros s/ recurso de casación”, 11/11/2014 que confirmó el decomiso de una escuela privada por considerar acreditado que fue construida con el producido de los alquileres de un emprendimiento inmobiliario de los imputados que había sido adquirido con fondos provenientes del narcotráfico.

41 Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, Sala III, “Vitette Sellanes, Luis Mario s/ recurso de Casación”, rta: 29/08/2013, Abeledo Perrot n°AR/JUR/57459/2013.

actuado como sus órganos, miembros o administradores (párrafos 1 y 3). También alcanzará a los terceros que se hubieran beneficiado del producto o provecho del delito a título gratuito (4to párrafo).

El objetivo es impedir que el provecho del delito pueda ponerse al amparo de una persona de existencia ideal o de un “testaferro” para evitar su recuperación o con el fin de que el delito rinda sus frutos.

“Por ello, más allá de la responsabilidad penal de los miembros por la comisión del delito –la cual habrá de ser declarada por medio de una condena firme– el decomiso puede alcanzar a las personas jurídicas cuando los primeros hayan actuado como sus órganos, mandatarios o miembros y aquella se haya beneficiado con el producto o provecho del delito perpetrado por aquéllos”⁴².

En esa línea y analizando los alcances de la reforma, se sostuvo que “...la nueva redacción del art. 23 del C.P., en cuanto admite el decomiso del provecho del delito que hubiese beneficiado a una persona jurídica, cuando los autores o partícipes hubiesen actuado como sus representantes, órganos o mandantes, no se revela violatoria del derecho de propiedad (...). Es que subyace a esta modificación la misma premisa sobre la que se apoyaba la redacción original del art. 23 del Código Penal y que consiste en que la adquisición del derecho de propiedad sólo puede responder a un justo título, mas no a un hecho ilícito⁴³. Esta concepción –que deja a resguardo los derechos adquiridos por el tercero de buena fe– no sólo se deriva de los principios generales del derecho y de las disposiciones del Código Civil –por ej., art. 2610 del CC– sino que también se ha positivizado en el ámbito internacional”⁴⁴.

Asimismo, la Cámara de Apelaciones Criminal y Correccional Federal de esta ciudad ha dicho que “...la eventualidad de que la medida alcance a personas jurídicas no se traduciría en la atribución de responsabilidad penal, sino en la necesidad de evitar, de recaer una sentencia de condena, la consolidación del provecho o beneficios del delito”⁴⁵.

Por ello, es viable la adopción de todas las medidas precautorias necesarias para asegurar el decomiso del producto o provecho del delito, pues ellas no persiguen responsabilizar penalmente a la persona jurídica sino que se intenta recuperar aquellos bienes que fueron producto del delito y, con ese fin, “se procura que los efectos del delito, cuya investigación se promueve, no se consumen y es objeto de la función del Juez, al disponer la medida en cuestión, evitar el agotamiento de la actividad delictual”⁴⁶.

Cabe dejar a salvo que cualquier decisión que se adopte para inmovilizar bienes de terceros, deberá tomarse respetando las garantías del debido proceso, tal como explicáramos en el apartado V.1.A.

42 CNFedCrimyCorrec, Sala I, “Vago, Gustavo (Skanska S.A.) s/embargo preventivo”, 31/08/10 (cita on line AR/JUR/46149/2010).

43 Ver, en este sentido, el precedente de la Sala citado “Nitemax S.A.”

44 CNFedCrimyCorrec, Sala I, “Vago, Gustavo (Skanska S.A.) s/embargo preventivo”, 31/08/10 (cita on line AR/JUR/46149/2010).

45 CNFedCrimyCorrec, Sala I, “Vago, Gustavo (Skanska S.A.) s/embargo preventivo”, 31/08/10 (cita on line AR/JUR/46149/2010).

46 CACCF, Sala I, en autos “Glavina, Bruno s/denegación de medida cautelar”, causa n°33477, reg. 1062, del 6/11/2011.

En relación con los estándares de prueba regirán las pautas del procedimiento civil, según lo prescripto en el octavo párrafo del art. 23CP⁴⁷ y 520 CPPN, tramitándose por cuerda separada (art 521 CPPN).

Con estos alcances fue ordenado el decomiso de bienes muebles e inmuebles registrados a nombre de terceros en el marco de la causa vinculada al “Cártel de Juárez”, indicando que “se deberá proceder al decomiso de los siguientes bienes que fueran adquiridos con fondos provenientes del narcotráfico internacional, destacándose que se encuentran firmes todas las resoluciones por las cuales se dispusiera el rechazo de los pedidos de restitución incoados por quienes figuran como titulares registrales, [...] quienes no pudieron acreditar su legítimo origen, como tampoco, su condición de terceros adquirentes onerosos y de buena fe”⁴⁸. Es decir que, a los fines de acreditar los extremos para la procedencia o no del decomiso con relación a terceros, la carga de la prueba se distribuye conforme las pautas del procedimiento civil (no penal).

V.2. Multa

Por otra parte, debe considerarse que, a diferencia del decomiso, que sólo puede recaer sobre bienes vinculados al ilícito (aunque sea de un modo indirecto, según se dijo), la multa y la indemnización civil permiten cautelar activos *lícitos*, es decir, que no se encuentran conectados de ningún modo con el delito investigado. Conforme se viene sosteniendo en esta Guía, la orientación hacia el recupero de activos debe estar presente desde el inicio mismo de las actuaciones. En el caso de la multa (regulada por los arts. 5 y 21 a 22 bis CP) ello resulta fundamental, pues la propia imputación de los hechos puede determinar las posibilidades de fundar con éxito una pretensión cautelar sobre bienes lícitos a efectos de asegurar la pena pecuniaria.

En consecuencia, luego de realizada una mínima investigación patrimonial (etapa 1 del recupero de activos) debe considerarse que el sistema penal contempla penas de multa respecto de muchos tipos penales eventualmente relevantes para la persecución de la criminalidad económica compleja, a saber: delitos contra el orden económico y financiero (arts. 303 inc. 1, 304, 306, 307, 309, 310, 311 y 313 CP); delitos vinculados a estupefacientes (arts. 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 14, 24, 31 sexies de la Ley N° 23.737, y art. 866 del Código Aduanero - Ley N° 22.415); delitos contra el régimen penal cambiario (arts. 2 y 3 del Decreto N° 480/95 que aprueba el ordenamiento de la Ley N° 19.359 y sus modificatorias); usura (art. 175 bis CP); delitos tributarios (arts. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 12 bis y 14 de la Ley N° 24.769); delitos aduaneros (art. 863, 864, 865, 868 y 869 871, 873 y 874 de la Ley N° 22.415); delitos contra la administración pública (arts. 260, 262 y 268 (2) CP); encubrimiento (art. 279 inc. 2 CP); delitos relacionados con la exploración y explotación

47 “Todo reclamo o litigio sobre el origen, naturaleza o propiedad de los bienes se realizará a través de una acción administrativa o civil de restitución. Cuando el bien hubiere sido subastado sólo se podrá reclamar su valor monetario”.

48 TOF N°6, “Menéndez, Hugo y otros s/ infracción ley N° 23.737”, CFP 14032/1999/T01, rta. 29/08/2016).

de hidrocarburos (arts. 7, 8 y 9 de la Ley N° 26.659); delitos vinculados a residuos peligrosos (arts. 55 y 57 de la Ley N° 24.051, en función del art. 200 CP); delitos contra el patrimonio arqueológico y paleontológico (art. 49 de la Ley N° 25.743, en función del artículo 863 y concordantes del Código Aduanero); infracción a la ley de marcas y designaciones (art. 31 de la ley N° 22.362); violación de los derechos conferidos por la patente (art. 78 de la Ley N° 24.481); y delitos relacionados a la conservación de la fauna (arts. 24, 25, 26, 27 y 28 de la Ley N° 22.421).

Por lo demás, también debe tenerse presente la multa complementaria prevista en el art. 22 bis CP, en cuanto dispone que:

Si el hecho ha sido cometido con ánimo de lucro, podrá agregarse a la pena privativa de libertad una multa, aun cuando no esté especialmente prevista o lo esté sólo en forma alternativa con aquélla. Cuando no esté prevista, la multa se fija en noventa mil pesos como monto máximo.

Al respecto, D'Alessio sostiene, siguiendo a Fontán Balestra, que la norma citada establece:

[U]na agravante genérica que comprende todos los delitos dolosos, penados con pena privativa de libertad, en cuya comisión haya existido ánimo de lucro. Afirma [Fontán Balestra] que por ánimo de lucro se entiende el propósito de obtener un beneficio económico -es decir, cualquier ventaja de orden patrimonial-, sin que sea necesario que aquél se logre⁴⁹.

De conformidad con esta interpretación, los/as magistrados/as deben tener en cuenta que, en caso que correspondiera imputar el ánimo de lucro como elemento subjetivo distinto del dolo, la pena de multa también podría aplicarse a otros delitos potencialmente relevantes en el marco de causas de criminalidad económica compleja, tales como: trata de personas y delitos conexos (arts. 125, 125 bis, 126, 127, 128, 140, 145 bis y 145 ter del CP); secuestro extorsivo (art. 170 del CP); estafas y otras defraudaciones (arts. 172-174 del CP); asociación ilícita (art. 210 del CP); cohecho y tráfico de influencias (arts. 256, 256 bis, 257, 258 bis y 259 del CP); malversación de caudales públicos (art. 261 del CP); negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública (art. 265 del CP); exacciones ilegales (arts. 266, 267 y 268 del CP); enriquecimiento ilícito (art. 268 inc.1 y 268 inc. 3 del CP); encubrimiento (arts. 277 inc. 3 ap. "b" del CP); falsificación de moneda (art. 282 y 283 del CP); delitos relacionados con el fraude al comercio y a la industria (art. 300 del CP) y delitos contra el orden económico y financiero (arts. 303 inc. 2, 3 y 4, 308, inc. 2 y 312 del CP).

Por otra parte, corresponde aclarar que las multas, a diferencia de las reparaciones económicas, no son solidarias, sino que en este caso debe tenerse en cuenta el principio de "personalidad de la pena". En ese sentido, se ha declarado la nulidad de una resolución teniendo en cuenta que:

49 D'ALESSIO (ed.), ob. cit., p. 122. En sentido contrario, se ha sostenido que "para que proceda la aplicación de esta multa complementaria, el ánimo de lucro al que alude la norma no debe encontrarse ínsito en el tipo penal endilgado" (STJ Río Negro, Sala II, "B., L. E. y Otros s/ Fraude a la Administración Pública s/ Casación", 23/07/2014).

el Juez a quo no discriminó el grado de compromiso que a la luz de la sana crítica racional pudiese tener cada imputado en las supuestas operaciones de intermediación financiera no autorizadas que han sido objeto de requisitoria fiscal, sin deslindarse en función de aquélla, que la misma pudo haber tenido lugar a través de distintas modalidades de comisión tales como celebración de contratos de mutuo, préstamos y redescuentos de cheques, aspectos fácticos que no se les atribuye por igual a todos los encartados, sino que éstos habrían tenido participación en distintos hechos que no pueden ser uniformados a la hora de evaluar la eventual pena pecuniaria que les pudiera recaer; con lo cual se los pretende hacer responsables solidarios de una eventual pena de multa vinculada a la suma total de las operaciones de CBI, con abstracción del principio de “personalidad de la pena”. En tal sentido, se ha dicho que el monto del mismo debe encontrarse limitado por el perjuicio efectivo que, a primera vista, resulte de las constancias de la causa (C. Nac. Crim. y Corr. J.P.B.A. 29-563-4908, entre otros) y que puede ser distinto para cada imputado, según el grado de compromiso derivado de su conducta (C. Nac. Penal Económico, Sala A, JA 1995-III-256)⁵⁰.

Por lo demás, cabe aclarar que en aquellos delitos sancionados con pena de multa, ello no obsta a la aplicación de la medida de decomiso, dado que, como tiene dicho la CSJN, “la aplicación de multa y decomiso no constituye un caso de doble pena por una misma infracción, sino de una pena única con pluralidad de sanciones, modalidad que se halla admitida por el Código Penal en diversos artículos”⁵¹.

V.3 Restitución

Dispone el artículo 23 CP que las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito, deben ser decomisadas en favor del Estado nacional, de las provincias o de los municipios, *exceptuando los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros*.

Es decir que si los bienes obtenidos a partir del hecho ilícito pertenecen a la víctima, nunca será procedente su decomiso, sino que se impone *su restitución*⁵². En esa línea, explica De Luca que “tratándose de dinero obtenido de un delito contra la propiedad está claro que pertenece a los sujetos pasivos de dicha sustracción, y de ello se deriva que en situación jurídica similar se encuentran los bienes que con él puedan adquirirse, todo lo cual permite descartar como fundamento de cualquier medida cautelar el decomiso”⁵³.

50 CFed Córdoba, Sala B, “LEGAJO de apelación en AUTOS: PUCETTI, Doris Liliiana, RAMONDA, Darío Onofre, RAMONDA, Darío José y otros por Asociación Ilícita en concurso real con Inf. Art. 310 –Incorporado por la ley 26.733 en concurso real por Defraudación por retención indebida y otros” (Expte. FCB 5650/2014/52/3/CA24)”, rta: 24/8/16.

51 CSJN, “César y Antonio Karam S.C.I.C.A. s/contencioso administrativo de plena jurisdicción e ilegitimidad c/decreto n° 2423/83 del P.E.”, 24/02/87. En el mismo sentido, debe considerarse lo resuelto por la CSJN en la causa “Recurso de hecho deducido por la defensa de Mario Alberto Yedro y Silvia Yolanda Torres en la causa Yedro, Mario y Torres, Silvia s/ enriquecimiento ilícito de funcionario público —causa n° 530-300-3—”, Y. 37. XLIII, rta: 9/8/2011.

52 SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Ed. TEA, Buenos Aires, 1988, Tomo 2, p. 299. NUÑEZ, Ricardo c., Tratado de Derecho Penal. Parte general, Ed. Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1988, Tomo III, p. 445. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal. Parte general, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1988, p. 265.

53 DE LUCA, Javier, “El ladrón y su botín”, en Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional”, N°8, octubre de 1992, p. 35 y ss.

Así lo establece el artículo 29 inc. 1 del CP en cuanto dispone que “La sentencia condenatoria podrá ordenar: 1. La reposición al estado anterior a la comisión del delito, en cuanto sea posible, disponiendo a ese fin las restituciones y demás medidas necesarias”.

En esto subyace un elemental principio de justicia que impone que, más allá de las sanciones de carácter penal que se impongan contra los responsables, debe asegurarse la restitución de los bienes que resulten del beneficio de un delito, como primer medida que resulta indispensable para hacer cesar los efectos del delito, mediante la reposición de las cosas al estado anterior.

Esto ocurre, por ejemplo, en los casos de trata de personas y delitos conexos, en los que las ganancias ilícitas que constituyen el producto del delito tienen un vínculo excluyente con la explotación de la víctima, dado que los beneficios económicos exorbitantes que obtiene el tratante, son el resultado de “someter a la víctima a condiciones de trabajo intolerables, como cuando el trabajo se realiza en circunstancias análogas a la esclavitud o en forma incompatible con la dignidad del ser humano”⁵⁴. Por consiguiente, si el dinero o fruto fue obtenido bajo esas circunstancias, no quedan dudas de que *la víctima es quien tiene legítimo derecho sobre tales bienes*.

En este sentido y reconociendo el derecho de propiedad de las víctimas y, en consecuencia, la necesidad de su inmediata restitución, la jurisprudencia ha sostenido que: “...acreditada que la causa o la procedencia del dinero resultó ser del producto de los pagos efectuados por los denominados clientes de los locales nocturnos allanados, resulta insostenible, jurídicamente hablando, que esos montos puedan ser reclamados por quien o quienes explotaban la prostitución ajena... actividad legalmente prohibida en nuestro país... De este modo se respeta también el derecho de propiedad de la mujer que tiene acceso a ese bien, que desde el inicio siempre íntegramente le correspondió, por la imposibilidad legal de considerar un rol de explotador o tercero beneficiario en términos económicos”⁵⁵.

Por su parte, la Cámara Federal de Casación Penal ha sostenido en varias oportunidades que dichas pautas resultan aplicables al recupero de activos en delitos de defraudación en perjuicio de la administración pública: “esta Cámara entendió que la base normativa que brinda sustento al recupero de las ganancias presuntamente obtenidas ilegítimamente por las empresas que conformaban la UTE ‘IBM Banelco’ se adecua al supuesto de restitución previsto por el art. 29 del C.P. Es decir que, en su calidad de objeto del delito, ante el eventual dictado de una condena, podría ordenarse la restitución de la ganancia indebida”⁵⁶.

54 OIT, “El costo de la coacción. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo”, Ginebra, 2009, p. 7 y ss.

55 Juzgado Federal de Córdoba N°2, causa n° FCB 20868/15, “NN s/av. De delito –dte.: Brito, Marcelo, rta.: 18/05/15).

56 CFPC, Sala IV, “Oficina Anticorrupción s/recurso de casación”, c. CFP 12099/1998/T01/5/CFC2, rta.: 27/2/2015.

En este marco, y siguiendo los lineamientos fijados por la jurisprudencia⁵⁷, podemos definir las principales características de la restitución:

1) Se trata de una medida de naturaleza civil y no penal. Consecuentemente, el principio de legalidad y, en particular, el derivado de irretroactividad de la ley penal más gravosa, resultan ajenos a la materia en cuestión (CN, art. 18 y 75, inc. 22, C.A.D.H. art. 9).

2) La restitución será procedente tanto respecto de los sujetos declarados penalmente responsables por el delito como con relación a quienes, sin haberlo sido, hubieran receptado el objeto del delito. Categoría esta última que debe entenderse abarcativa de las personas físicas y jurídicas, atendiendo al fin de la norma y ante la inexistencia de un motivo razonable que justifique realizar tal distinción.

En este sentido, dispone el art. 32 CP que quien “por título lucrativo participare de los efectos de un delito, estará obligado a la reparación hasta la cuantía en que hubiere participado”.

3) El beneficiario de la restitución será quien tuviera legítimo derecho sobre el bien objeto de restitución, sea que se trate de la propia víctima o de un tercero. En ambos casos, por análogas razones, no corresponde diferenciar entre personas físicas y jurídicas ni entre sujetos particulares o públicos.

4) No necesita petición de parte, puede ser dispuesta de oficio por el/la juez. En esta línea, Sala IV de la CFCP ha sostenido que “la restitución es una medida accesoria de la condena que puede ser dispuesta por el juez, aún de oficio, sin necesidad de que se hubiera instaurado oportunamente la acción civil (cfr. causa CFP 12099/1998/TO1/5/CFC2, ‘OFICINA ANTICORRUPCIÓN s/recurso de casación’, reg. n° 216/15 del 27/02/2015). Correlativamente, el Ministerio Público Fiscal se encuentra legitimado para solicitarla, en ejercicio de su función constitucional de actuar en defensa de la legalidad (art. 120 de la CN). En otras palabras, la legitimación para peticionar la restitución prevista en el art. 29 del C.P. no presupone ser particular damnificado, ni representar el interés patrimonial del Estado y tampoco haber ejercido la acción civil en la causa penal”⁵⁸.

Por su parte, el art. 403 CPPN dispone expresamente que podrá ordenarse la restitución aunque la acción (civil) no hubiese sido intentada.

5) La restitución procede aunque la cosa obtenida por el delito haya sido un bien fungible (dinero).

Ahora bien, la restitución se diferencia de la indemnización civil en que “... si bien ambas medidas comportan la reparación del perjuicio ocasionado por el delito, la ‘restitución’ no alcanza

⁵⁷ Ver CFCP, Sala IV, “Cossio, Ricardo A. s/recurso de casación”, rta.: 18/08/2010, Abeledo Perrot n°: 70068551 y CFCP, Sala IV, “Oficina Anticorrupción s/recurso de casación”, c. CFP 12099/1998/TO1/5/CFC2, rta.: 27/2/2015.

⁵⁸ CFCP, Sala IV, “Liporace, Carlos Alberto y Yoma, Guillermo Luis s/recurso de casación”, causa CFP 9753/2004/TO1/2/CFC2, registro n°300/16.4, rta.: 18/03/2016.

para su completa satisfacción, sino tan solo para hacer cesar los efectos del delito, mediante la reposición de las cosas al estado anterior. Mientras que la ‘indemnización’, con sus distintos rubros componentes, sí lo hace”⁵⁹.

V.4 Indemnización civil

En relación con la indemnización civil, el art. 29, inc. 2°, CP establece que la sentencia condenatoria puede ordenar la indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero, fijándose el monto prudencialmente por el/la juez en defecto de plena prueba.

En este sentido, corresponde al Ministerio Público Fiscal un rol significativo cuando la acción en cuestión refiere a hechos que generan daños colectivos o difusos, o bien a hechos cuyas víctimas individuales son difíciles de identificar (por ejemplo, grandes defraudaciones) o se encuentran en situación de vulnerabilidad y falta de acceso a la justicia (trata de personas). En este tipo de situaciones se sugiere a los y las fiscales que, atendiendo a los derechos de la víctima, procuren en forma temprana asegurar todos los activos necesarios para la reparación integral del daño causado por el delito (indemnización civil, etc.).

Al respecto, puede resultar de utilidad considerar lo resuelto por la Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, en la cual se afirmó que correspondía decretar embargo sobre los bienes del imputado, pues, si bien el proceso no contaba hasta ese momento con la intervención de un actor civil, dicha medida aparece como acertada a fin de garantizar una posible indemnización y las costas del proceso, teniendo en consideración las características de los hechos investigados. En ese sentido, se sostuvo que: “...No debe olvidarse que el embargo de bienes suficientes del imputado se trata de una medida de protección al potencial ejercicio de los derechos de las personas damnificadas, por lo que, si bien el presente proceso de momento no cuenta con la intervención de un actor civil, ante las eventuales obligaciones civiles emergentes que las circunstancias comprobadas en la causa permiten avizorar, la resolución apelada será homologada a este respecto”⁶⁰.

Por último, cabe recordar que, a diferencia del decomiso que sólo puede recaer sobre bienes vinculados al ilícito (aunque sea de un modo indirecto), la indemnización civil permite cautelar activos lícitos, es decir, aunque no se encuentren conectados de ningún modo con el delito investigado.

59 CFCP, Sala IV, “Cossio, Ricardo A. v. recurso de casación”, rta: 18/08/2010, cita Abeledo Perrot n°1/70068551-2.

60 CCCFed, Sala I, “Cáceres, María Soledad y Guillemet, Gastón s/proc. s/prisión preventiva”, rta: 22/02/2011, cita on line: AR/JUR/477/2011.

VI. EL PROCESO CAUTELAR

Debido a que el sistema penal tradicional se ha orientado principalmente a la sanción del delito y no al recupero de activos, las medidas cautelares destinadas a asegurar bienes durante el proceso no tuvieron en el ámbito penal el extenso desarrollo doctrinario y jurisprudencial que presentan en materia civil y comercial, al cual cabe recurrir para comprender en profundidad la cuestión. En efecto, sea por la remisión expresa que el CPPN realiza en su art. 520 respecto de las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (en adelante CPCCN), o bien por motivos de tradición jurídica diversa, el análisis y la argumentación dirigidos a obtener medidas cautelares en procesos penales complejos demanda la incorporación de conceptos formulados en el procedimiento civil y comercial.

En ese marco, el proceso cautelar ha sido definido como “aquél que tiende a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través de otro proceso, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva”⁶¹. En este sentido, las medidas cautelares o precautorias se establecen “para asegurar los bienes y las personas involucradas en la litis, y para [mantener o en algunos casos alterar] los estados de hecho y de derecho vigentes, de modo que el pronunciamiento de la sentencia definitiva (...) pueda resultar de cumplimiento posible”⁶². Por ello se sostiene que las medidas cautelares no tienen un fin en sí mismas, dado que, como dijera Calamandrei en su ya célebre alocución, ellas “[n] acen, en otras palabras, al servicio de una resolución definitiva, con el oficio de preparar el terreno y aportar los medios más aptos para su éxito”⁶³.

En el ámbito del proceso penal, interesan a esta Guía las medidas precautorias tendientes a asegurar el recupero en caso de recaer sentencia condenatoria. Siguiendo la clasificación de medidas por la materia sobre la cual versan y la finalidad que persiguen, se trata, en general, de aquellas dirigidas a asegurar bienes⁶⁴. Esta categoría incluye tanto las medidas orientadas a garantizar el decomiso como las que procuran asegurar la eventual ejecución de una pena pecuniaria, la restitución y la reparación de los daños ocasionados por el delito.

61 PALACIO, Lino Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*, 10ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, t. II, p. 316.

62 KIELMANOVICH, Jorge L., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y Anotado*, 5ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010, t. I, p. 451.

63 PALACIO, ob. cit., p. 317.

64 Íd., p. 320.

VI.1. Requisitos de admisibilidad

Las medidas cautelares presentan dos requisitos de admisibilidad: la *verosimilitud del derecho* y el *peligro en la demora*. Así, en su comentario al art. 195 del CPCCN⁶⁵, Kielmanovich explica que “[s]on presupuestos de admisibilidad de las medidas cautelares la alegación y eventual demostración de un grado más o menos variable de verosimilitud del derecho invocado o ‘humo del buen derecho’ del derecho romano (*fumus bonis iuris*) y del peligro en la demora (*periculum in mora*)”⁶⁶. En el mismo sentido, la CSJN tiene dicho que “[l]a viabilidad de las medidas precautorias se halla supeditada a que se demuestre la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora”⁶⁷.

Con respecto a la *verosimilitud del derecho*, sostiene Palacio que “el otorgamiento de una medida cautelar no requiere la prueba terminante y plena del derecho invocado, porque si así fuese podría ocurrir que, ínterin, se consumasen los hechos que precisamente tiende a impedir. Basta por consiguiente, la simple apariencia o verosimilitud del derecho”⁶⁸. Con idéntica tesitura, la CSJN ha señalado que:

Las medidas cautelares no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo agota su virtualidad⁶⁹.

Y es que, en efecto, como también sostuvo el Máximo Tribunal:

La finalidad del proceso cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia que debe recaer en un proceso y la fundabilidad de la pretensión que constituye su objeto no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un análisis de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido⁷⁰.

Por otra parte, constituye un presupuesto de admisibilidad de las medidas precautorias el *peligro en la demora*, es decir, la “probabilidad de que la tutela jurídica definitiva que la actora aguarda pueda frustrarse en los hechos, porque, a raíz del transcurso del tiempo, los efectos del fallo final resulten

65 Art. 195 del CPCCN: “Las providencias cautelares podrán ser solicitadas antes o después de deducida la demanda, a menos que de la ley resultare que ésta debe entablarse previamente.

El escrito deberá expresar el derecho que se pretende asegurar, la medida que se pide, la disposición de la ley en que se funde y el cumplimiento de los requisitos que corresponden, en particular, a la medida requerida.

Los jueces no podrán decretar ninguna medida cautelar que afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los recursos propios del Estado, ni imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias”.

66 KIELMANOVICH, ob. cit., p. 454.

67 Fallos, 321:695; 316:1833 y 319:1069, entre otros.

68 PALACIO, ob. cit., p. 317.

69 Fallos, 306:2060.

70 Fallos, 314:711, entre otros.

prácticamente inoperantes –de acuerdo con el juicio objetivo de una persona razonable– o por la propia actitud de la parte contraria”⁷¹. Al respecto, se ha sostenido que el *peligro en la demora* está lógicamente relacionado con la duración misma de los procesos hasta el dictado de la sentencia definitiva. En este sentido, se ha dicho que:

[L]as medidas cautelares deben acordarse con amplitud de criterio, para evitar que los pronunciamientos que dan término al proceso resulten inocuos. Lo mismo puede decirse del peligro en la demora cuando existe la eventual posibilidad de que una vez dictada sentencia en el juicio, no haya bienes para responder a la condena en caso de ser acogida la demanda (...). El peligro en la demora a los efectos de la medida precautoria surge de la sola duración del juicio; la prolongación de un tiempo más o menos prolongado crea siempre un riesgo a la justicia⁷².

La configuración del *peligro en la demora* no es universal ni automática, sino que, como indicara la CSJN, demanda “una apreciación atenta de la realidad comprometida”⁷³, es decir que “debe juzgarse de acuerdo con un juicio objetivo, o derivar de hechos que puedan ser apreciados incluso por terceros”⁷⁴.

Debe tenerse presente que si bien deben acreditarse los dos requisitos de admisibilidad (*verosimilitud del derecho y peligro en la demora*), ellos deben evaluarse de manera integral. Así, en palabras de Arazi, “[a]mbos recaudos deben evaluarse en forma armónica, de manera que a mayor verosimilitud del derecho no cabe ser tan exigente en la gravedad e inminencia del daño, y viceversa, cuando existe el riesgo de un daño extremo e irreparable, el rigor acerca del *fumus bonis iuris* se puede atemperar”⁷⁵.

VI.2. Caracteres

Las medidas precautorias presentan tres caracteres básicos. Primero, se decretan inaudita parte, es decir, sin intervención del imputado, pues, como sostiene Arazi, “[e]l juez funda su decisión en los hechos que afirma y acredita sumariamente el peticionario”⁷⁶. Y es que la orden judicial que impone la medida es un acto de jurisdicción y, como tal, no puede ser eludido, por lo que, para reforzar su cumplimiento, ante la eventualidad de que se hubiese tomado conocimiento anticipado y se tratase de trabar su desarrollo⁷⁷, el art. 198 CPCCN dispone que “las medidas precautorias se decretarán y cumplirán sin audiencia de la

71 KIELMANOVICH, op. cit., pp. 454-55.

72 C.N.Civ., Sala B, “Guerrero, Juan Roberto y otro c/Mutual Rivadavia Seguros de Transporte Público de Pasajeros s/art. 250 CPP”, 27/09/07 (con citas de Martínez Botos y de Falcón).

73 Fallos, 319:1277.

74 Fallos, 325:2842; 325:2367 y 314:711.

75 ARAZI, Roland, Medidas cautelares, Astrea, Buenos Aires, 2007, 3ª ed., p. 7.

76 Íd., p. 6.

77 FALCÓN, Enrique M., Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, t. IV, p. 141.

otra parte. Ningún incidente planteado por el destinatario de la medida podrá detener su cumplimiento”.

Ello no importa una supresión de la bilateralidad o contradicción propia del debido proceso, sino que ésta sólo es postergada de modo que, una vez cumplida la medida, puede ser recurrida, aunque sin efecto suspensivo (art. 198 CPCCN y art. 520 CPPN).

Ahora bien, tratándose de la resolución que dispone el levantamiento de una medida cautelar previamente ordenada, si el MPF se opusiera a tal decisión, corresponde que la apelación se otorgue con efecto suspensivo. En ese sentido, se ha sostenido que “el solo efecto devolutivo rige únicamente para la apelación de la providencia que hace lugar a la medida cautelar, a fin de que, durante la sustanciación del recurso, el afectado no pueda cambiar la situación originada por la traba; en todos los demás casos, incluso cuando se recurren las resoluciones sobre levantamiento, modificación o sustitución de la medida, rige el principio general consagrado por el art. 243 del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación: la apelación tendrá efecto suspensivo”⁷⁸. Así lo ha entendido la jurisprudencia cuando sostuvo que:

La regla general del art. 442 del CPPN establece que la interposición de un recurso tendrá efecto suspensivo –salvo que expresamente se disponga lo contrario–, reservando así el efecto “devolutivo” o “no suspensivo” al otorgamiento de las medidas cautelares, siendo ello la excepción a la que refiere el art. 442 del CPPN y 243 3° parr, del CPCCN y no al levantamiento de las mismas como en el caso de autos, por lo que no tratándose de la excepción a la que alude la regla general, el otorgamiento del recurso sería con efecto suspensivo⁷⁹.

Por lo demás, debe considerarse que si bien el afectado por la medida puede tomar conocimiento de ella con motivo de su ejecución (como ocurre en el caso del embargo de bienes muebles no registrables, en los que se libra mandamiento de embargo diligenciado por un oficial de justicia en su domicilio), en caso contrario (embargo de bienes inmuebles y de bienes muebles registrables, que no se traban por mandamiento sino por inscripción en el registro correspondiente) debe ser notificado personalmente o por cédula dentro de los tres días desde su efectiva traba, de conformidad con el art. 198 CPCCN. Resaltamos que quien debe ser notificado es el afectado por la medida y que si bien en muchos casos esa figura coincide con la del imputado, en otras situaciones se trata de un tercero (por ejemplo, un adquirente a título gratuito alcanzado por las previsiones del art. 23 CP).

Segundo, las medidas son provisionales, dado que pueden ser dejadas sin efecto o modificadas si cambian las circunstancias de hecho que se tuvieron en cuenta al ordenarlas, pudiendo adoptarse

78 ARAZI, ob. cit., p. 24 y 25.

79 CFed. Corrientes, “Legajo de apelación de Boschetti de Cassane, Miriam y otros en autos Boschetti de Cassanne, Miriam y otros s/inf. Art. 303, 310 y 210 del CPN”, causa n° FCT 6354/2015/111/3/CA7, rta: 14/06/2017.

medidas menos o más gravosas dependiendo de las circunstancias y del grado de verosimilitud del derecho que se haya alcanzado (por ejemplo, pasar de una anotación de litis a un embargo).

Tercero, son accesorias, ya que, como se dijo, no tienen un fin en sí mismo sino que “su existencia depende de las contingencias del proceso principal”⁸⁰.

VII. MEDIDAS CAUTELARES EN PARTICULAR

Las medidas cautelares aplicables al proceso penal se encuentran previstas tanto en la legislación penal y procesal penal, como en la normativa procesal civil y comercial, estas últimas por disposición pretoriana, en tanto se ha sostenido reiteradamente que:

“[A] los efectos de establecer el tipo de medida cautelar aplicable, nuestro Código Procesal Penal solo establece, en su art. 518, el embargo y la inhibición general de bienes; ha omitido toda alusión a otras medidas cautelares, igualmente previstas en la legislación procesal civil y comercial. Así, la intervención o administración judicial, la medida de no innovar o de no contratar o bien, las medidas genéricas establecidas en el art. 232 P.P.C.C.N.

Este vacío del ordenamiento legal, no impide a un juez, en el marco de un proceso penal, valerse de ellas (ver Navarro, Guillermo R. y Daray, Roberto, *Código Procesal Penal de la Nación*, Ed. Pensamiento Jurídico, Bs. As., 1997, pág 293/4).

Nada obsta en sede penal a la aplicabilidad de los conceptos generales de la materia cautelar, verbigracia el poder cautelar que asiste al juez y todos los mecanismos de implementación, trámite y demás cuestiones arbitradas por el Derecho Procesal Civil. No debe perderse de vista que el derecho no es una pluralidad de normas desprovistas de afinidad, sino un universo coherente, una plenitud, una ecuación armónica de instituciones animadas todas ellas en razón de su propio destino de servir para la obtención de un orden justo (De Lázzari, Eduardo Néstor, *Medidas Cautelares*, Librería Editora Platense, 3ra. Ed., La Plata, año 2000, pág. 502)”⁸¹.

En esta sección se analizan las especificidades de cada una de las medidas cautelares previstas por la legislación penal o bien por el CPCCN, a saber: (1) embargo preventivo (art. 518 CPPN); (2) clausura preventiva (art. 10 de la Ley N° 23.737); (3) secuestro (art. 231 CPPN); (4) inhibición general de

⁸⁰ ARAZI, op. cit., p. 7.

⁸¹ Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Fed. N° 9, Secretaría 18, “Ducler, Aldo y otros s/ infracción ley 23.737 – Incidente de Reaseguramiento de bienes” (Nro. 14032/99), 10/03/2008.

bienes (art. 518); (5) intervención o administración judicial (arts. 222 y ss. CPCCN); (6) prohibición de innovar (art. 230 CPCCN); (7) prohibición de contratar (art. 231 CPCCN); (8) anotación de litis; y (9) medidas genéricas (art. 232 CPCCN), entre las que se destacan la cancelación de CUIT y el congelamiento de productos bancarios.

VII.1. Embargo preventivo

El embargo preventivo es una medida cautelar que afecta la libre disponibilidad de un bien determinado para asegurar su ejecución. Se trata de una herramienta que resulta de utilidad en los casos en que ya se han identificado activos concretos, tales como bienes inmuebles o muebles registrables que sirvieron para cometer el hecho (instrumento del delito), que fueron generados como ganancia del delito (producto o provecho del delito), o que tienen origen lícito y podrían ser alcanzados por la multa y la indemnización civil.

Con respecto a la traba del embargo (art. 538 CPCCN), debe tenerse presente que el *mandamiento de embargo* solo es necesario en el caso de bienes muebles no registrables, que sólo pueden ser efectivamente cautelados mediante el diligenciamiento de dicha orden por parte del oficial de justicia (art. 531 CPCCN). En los demás casos (bienes inmuebles, muebles registrables, depósitos bancarios, acciones que cotizan en bolsa, etc.) rige el ya mencionado art. 538 CPCCN⁸², por lo que es suficiente la previa identificación del bien y el libramiento del oficio para realizar la anotación del embargo en el registro de la propiedad que corresponda (inmuebles, automotores, buques, aeronaves y equinos). Cuando el embargo tiene como objeto bienes o dinero depositado en una institución bancaria, el oficio debe dirigirse a dicha institución.

También debe considerarse que para impedir efectivamente la transferencia, los embargos sobre acciones nominativas o escriturales de una sociedad anónima deben inscribirse en el libro de registro de acciones o en la cuenta pertinente. Ello así, pues de conformidad con lo establecido en el art. 215 de la Ley N° 19.550, la transmisión de este tipo de acciones se perfecciona con su inscripción en dicho libro o cuenta, por lo que el único modo de evitar dicha transmisión por vía de embargo es inscribirlo allí⁸³.

Con relación a las cuotas partes de las sociedades de responsabilidad limitada, la inscripción del embargo deberá anotarse en el Registro Público de Comercio con jurisdicción en la sede social de la firma.

82 Falcón, ob. cit., pp. 217-18.

83 Art. 215 Ley 19.550 establece: "La transmisión de las acciones nominativas o escriturales y de los derechos reales que las graven debe notificarse por escrito a la sociedad emisora o entidad que lleve el registro e inscribirse en el libro o cuenta pertinente. Surte efecto contra la sociedad y los terceros desde su inscripción".

Cabe subrayar que mientras no se disponga el secuestro o la administración judicial de lo embargado, el imputado continúa en el uso de la cosa. Es por ello que en algunos casos puede resultar necesario complementar la medida de embargo con otras tendientes a impedir su uso, para hacer cesar la comisión del delito, evitar que se consolide su provecho u obstaculizar la impunidad de los partícipes, en los términos del art. 23 CP. Al respecto se ha dicho que es procedente una medida cautelar cuando con ella “se procura que los efectos del delito, cuya investigación se promueve, no se consumen y es objeto de la función del Juez, al disponer la medida en cuestión, evitar el agotamiento de la actividad delictual”⁸⁴.

VII.2. Clausura preventiva

La clausura preventiva tiene por objeto impedir el uso de la cosa. Si bien se trata de una medida que puede ser solicitada en cualquier tipo de proceso (como una medida genérica en los términos que se exponen en la sección VIII.9), la normativa aplicable al proceso penal la prevé expresamente en dos supuestos.

Por un lado, el art. 10 de la Ley N° 23.737 dispone que, respecto de los delitos previstos en los arts. 1 a 10 de la norma, durante la sustanciación del sumario el/la juez puede decretar preventivamente la clausura del local en el que se llevaren a cabo los hechos o al que concurrieran personas con el objeto de usar estupefacientes⁸⁵.

Por otra parte, la clausura preventiva de locales comerciales resulta crucial en las causas en las que se investigan delitos de trata de personas y sus delitos conexos. En este sentido, la Resolución PGN N° 99/09 instruye a los y las fiscales para que soliciten al/la juez/a la intervención de la agencia municipal del distrito para concretar la clausura del local y promover la caducidad de la habilitación (o inhabilitación), y para que requieran como medida cautelar la afectación del o los inmuebles en los cuales se practique o se incite el comercio sexual de personas y se explote tal actividad por terceros participantes.

Además de los supuestos específicos previstos por el sistema penal, la medida de clausura preventiva puede resultar fundamental en otro tipo de casos, como ocurrió en la causa seguida por lavado de activos contra el denominado “clan Ale” en la provincia de Tucumán, en la cual el Juzgado Federal N° 2 de esa provincia señaló, en relación con un grupo de casas de juegos pertenecientes a una

84 CCCFed., Sala I, “Glavina, Bruno s/ denegación de medida cautelar”, 6/11/2011.

85 Art. 10 de la Ley N° 23.737: Será reprimido con reclusión o prisión de tres a doce años y multa de tres mil a cincuenta mil australes el que facilitare, aunque sea a título gratuito, un lugar o elementos, para que se lleve a cabo alguno de los hechos previstos por los artículos anteriores. La misma pena se aplicará al que facilitare un lugar para que concurren personas con el objeto de usar estupefacientes.

En caso que el lugar fuera un local de comercio, se aplicará la accesoria de inhabilitación para ejercer el comercio por el tiempo de la condena, la que se elevará al doble del tiempo de la misma si se tratare de un negocio de diversión.

Durante la sustanciación del sumario criminal el juez competente podrá decretar preventivamente la clausura del local.

sociedad que habría sido utilizada por los imputados para legitimar bienes de origen ilícito (respecto de la cual adoptó la medida de intervención judicial), que: “siendo de interés para la investigación resguardar posibles elementos de juicio que pudieran encontrarse en tales lugares, considero adecuado disponer la clausura de los mismos hasta tanto el interventor designado asuma el cargo conferido”⁸⁶.

VII.3. Secuestro

El secuestro es una medida “en cuya virtud se desapodera a una persona de un bien”⁸⁷, distinguiéndose así del embargo dado que “en tanto los bienes embargados pueden ser usados por el [imputado], si éste ha sido nombrado depositario, tal facultad no existe en la hipótesis del secuestro, pues las cosas afectadas por la medida se ponen en manos de un tercero”⁸⁸.

En el ámbito del proceso penal, la medida se encuentra prevista en el art. 231 CPPN, que permite al/la juez disponer “el secuestro de las cosas relacionadas con el delito, las sujetas a decomiso o aquellas que puedan servir como medios de prueba”. Por su parte, el art. 221 CPCCN establece que procede “el secuestro de los bienes muebles o semovientes objeto del juicio cuando el embargo no asegurare por el derecho invocado por el solicitante”, así como “toda vez que sea indispensable proveer a la guarda o conservación de cosas para asegurar el resultado de la sentencia definitiva”.

El secuestro preventivo resulta particularmente aplicable a los automotores, pues, como indican Fassi et al.:

*[P]or la naturaleza del bien (...) es evidente la existencia de un peligro en que dicho rodado pierda su valor por contingencias que surgen de su uso en la vía pública (robo, colisión, etc.) estando expuesto a un permanente deterioro que no condice con la garantía que se quiere salvaguardar. Se ha dicho que, habiéndose decretado el embargo y, tratándose de un locomovible sujeto a los riesgos propios de un elemento mecánico, rige el artículo 221 del Código Procesal, procediendo la medida como un medio para provocar su guarda y conservación que asegure el resultado de la sentencia definitiva. Asimismo es doctrina de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia que el embargo de automotores se perfecciona al operarse el secuestro y depósito*⁸⁹.

Al ordenarse esta medida, el art. 233 CPPN dispone que “[l]os efectos secuestrados serán inventariados y puestos, bajo segura custodia, a disposición del tribunal. En caso necesario podrá disponerse su depósito”. Por lo demás, debe tenerse presente lo establecido en el art. 238 CPPN respecto de la

86 Juzgado Federal N° 2 de Tucumán, resolución del 03/10/14 en la causa Nro. 32191/2013, caratulada “UIF s/ denuncia” (Incidente N° 28).

87 PALACIO, op. cit., p. 334.

88 Íd., p. 335.

89 FASSI, Santiago et al., Código Procesal Civil y Comercial comentado, anotado y concordado, 3ª ed., Buenos Aires: Astrea, 2005, p. 126 (con cita del fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Martín, Sala I, 10/2/82).

devolución de objetos secuestrados:

Los objetos secuestrados que no estén sometidos a la confiscación, restitución, o embargo, serán devueltos tan pronto como no sean necesarios, a la persona de cuyo poder se sacaron. Esta devolución podrá ordenarse provisionalmente en calidad de depósito, e imponerse al poseedor la obligación de exhibirlos cada vez que le sea requerido. Los efectos sustraídos serán devueltos, en las mismas condiciones, al damnificado, salvo que se oponga a ello el poseedor de buena fe de cuyo poder hubieran sido secuestrados. Cuando se trate de automotores, se aplicará lo dispuesto por el artículo 10 ter de la Ley 20.785.

VII.4. Inhibición general de bienes

Cuando no resulta posible el embargo preventivo por desconocerse la precisa existencia de bienes del imputado o porque los embargados son insuficientes, debe procederse a la inhibición general de bienes. Se trata de una medida cautelar subsidiaria o residual que exige para su procedencia inicial los mismos presupuestos ya referidos respecto del embargo preventivo, aunque en este caso no se individualizan ni inmovilizan bienes en particular sino todo un género de ellos (por caso, automotores o derechos reales sobre inmuebles) de los que el imputado puede ser propietario en el momento de anotarse la medida, o los que adquiera con posterioridad a ello⁹⁰.

Si bien la inhibición general de bienes comprende a los inmuebles, también puede aplicarse a otros activos del imputado que cuenten con una forma específica de registración y publicidad (inmuebles, buques, aeronaves, automotores y equinos), siempre que se trate de bienes que no pueden transmitirse, constituirse, modificarse o cederse sin la previa certificación del registro que corresponda. De todos modos, debe tenerse presente que los efectos de la medida se limitan al ámbito material y territorial que corresponda al registro en el cual se la anotó, lo que en parte conspira contra su efectividad en sistemas de organización local o federal de los registros (como el de la Argentina), por lo que ella debe anotarse en todos los registros relevantes en función del bien y de la jurisdicción de que se trate. Es imprescindible subrayar que la inhibición general de bienes no concede prioridad sobre otra medida de igual naturaleza trabada con posterioridad (tampoco respecto del embargo) y que las inhibiciones y embargos se extinguen a los cinco años de la fecha de su anotación en el registro que corresponda, salvo que a petición de parte se reinscriban antes del vencimiento del plazo por orden del juez que entendió en el proceso (art. 207 CPCCN). La legislación nacional que regula los registros de la propiedad inmueble hace extensivo este plazo a todas las medidas cautelares que se inscriben en dichos registros (por ej., la anotación de litis), disponiendo su caducidad de pleno derecho a los cinco años de su toma de razón⁹¹, mientras que la normativa que regula el registro nacional de la

90 PALACIO, ob. cit., p. 336.

91 Ver art. 37, inc. b) de la Ley N° 17.801 y art. 81 del Decreto N° 466/99 (reglamentario de dicha norma).

propiedad automotor dispone que la inscripción del embargo sobre un automotor caduca a los tres años de su toma de razón y las inhibiciones a los cinco años⁹².

VII.5. Intervención judicial

En los casos en que se utiliza a una persona de existencia ideal que desarrolla las actividades previstas en su objeto social, tiene empleados en relación de dependencia, etc., pero que se utiliza ya sea como instrumento para cometer el delito o para introducir las ganancias ilícitas que constituyen su provecho, procurando su confusión con activos provenientes de alguna actividad lícita, la medida cautelar más adecuada es la intervención judicial. En virtud de esta medida, “una persona designada por el juez, en calidad de auxiliar externo de éste, interfiere en la actividad económica de una persona física o jurídica, sea para asegurar la ejecución forzada o para impedir que se produzcan alteraciones en el estado de los bienes”⁹³.

Existen distintos tipos de intervención judicial, que se encuentran regulados por el CPCCN (arts. 222 a 227) y por la Ley N° 19.550 (arts. 113 a 117), cuyo art. 115 dispone, en particular, que “[l]a intervención puede consistir en la designación de un mero veedor, de uno o varios coadministradores, o de uno o varios administradores”. La convivencia armoniosa de ambos regímenes se encuentra establecida en el art. 222 CPCCN, en cuanto dispone que “[a]demás de las medidas cautelares de intervención o administración judiciales autorizadas por las leyes sustanciales, que quedan sujetas al régimen establecido por ellas, podrán disponerse las que se regulan en los artículos siguientes”. De la aplicación de ambos cuerpos normativos surgen los siguientes tipos de intervención.

El interventor informante o veedor es quien, con una periodicidad establecida por el/la juez, da noticia a éste/a acerca del estado de los bienes, operaciones o actividades (art. 224 CPCCN), pudiendo verificar y denunciar “cualquier irregularidad que advierta en la administración”⁹⁴. Este tipo de intervención es la que el art. 115 de la Ley N° 19.550 denomina “mero veedor”.

El interventor recaudador se establece como complemento de una medida cautelar ya dispuesta que deba recaer sobre bienes productores de rentas o frutos, limitándose su función exclusivamente a la recaudación de la parte embargada, sin injerencia alguna en la administración (art. 223 CPCCN). Como indica Palacio, “tiene como finalidad hacer efectivo el cumplimiento de un embargo ya decretado, motivo por el cual se trata de una medida no sucedánea sino complementaria de aquel”⁹⁵. La Ley N° 19.550 no prevé este tipo específico de intervención.

92 Ver art. 17 del Decreto-Ley 6582/58.

93 Palacio, ob. cit., p. 340.

94 Íd., p. 343.

95 Íd., p. 341.

Por último, el art. 115 de la Ley N° 19.550 establece el *interventor administrador* y el *interventor coadministrador*. El *interventor administrador* es aquel que desplaza a las autoridades naturales de la sociedad y “ejercerá idénticas funciones que las desempeñadas por aquellos, las cuales surgirán del contrato social”⁹⁶. El *interventor coadministrador* actúa como coadyuvante del órgano natural de administración de la sociedad, generando una interferencia sobre la administración de la sociedad que impide que se tomen decisiones sin su aprobación, sin perjuicio de lo cual no posee facultades absolutas de dirección y gobierno⁹⁷.

En relación con este aspecto, la posibilidad de dictar una medida cautelar tendiente a la designación de un interventor administrador en el marco de un proceso penal ha sido reconocida por la jurisprudencia, que al respecto ha subrayado la razonabilidad de la medida a los fines de comprobar el hecho delictuoso y “... a los efectos de hacer cesar las consecuencias del delito investigado y evitar que los perjuicios patrimoniales que se tuvieron prima facie por probados se tornen de imposible reparación”⁹⁸. En sentido similar se ha reconocido su procedencia “... en el marco de las facultades preventivas de las autoridades de la persecución penal en orden a evitar la consumación de un delito tentado o consecuencias posteriores perniciosas del delito consumado, fines plenamente compatibles con los propósitos de asegurar la correcta averiguación de la verdad”, y para salvaguardar los intereses del damnificado que “...podrían verse perjudicados por la inacción del juez penal que advierte una acción delictiva que podría hallarse en curso de realización”⁹⁹.

Para todos los casos de designación de un administrador se debe tener en cuenta lo prescripto por el art. 225, inc. 2 CPCCN respecto de su idoneidad, en cuanto establece que “[l]a designación recaerá en persona que posea los conocimientos necesarios para desempeñarse atendiendo a la naturaleza de los bienes o actividades en que intervendrá; será, en su caso, persona ajena a la sociedad o asociación intervenida”. Además, se aconseja sugerir al/la juez en detalle las funciones y facultades que se le deberían asignar al interventor, sus condiciones (por ejemplo, elaboración de informes periódicos), plazos, etcétera. Así se decidió, por ejemplo, en una causa donde se investigan las maniobras de intermediación financiera y lavado de activos la intervención judicial de la Cooperativa utilizada para llevar a cabo las actividades ilícitas, por cuanto se entendió que:

la medida cautelar solicitada resulta razonable dado que persigue el esclarecimiento de los hechos investigados y el seguimiento de los bienes que [h]abrían servido para cometer los hechos ilícitos que se investigan y de las ganancias que son el producto y el provecho del delito [...] Y la afirmación precedentemente en orden a la procedencia de la intervención se refuerza si tenemos en cuenta que, el interventor informante o veedor es el ojo del magistrado puesto sobre el ente a

96 NISSEN, Ricardo Augusto, Ley de Sociedades Comerciales 19.550 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2010, 3ra ed, p. 93.

97 KIPER, Claudio, Medidas cautelares, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 322.

98 CCC, Sala IV, “A., E. J. s/intervención judicial”.

99 CCCFed., sala II causa 28.276 “Alemany, R. y otro s/intervención judicial”, reg. 302 del 13/5/1997.

intervenir (CAM. NAC. CIV., SALA B 5/3/2002, JA 2002-II-512; FALCON, ENRIQUE, TRATADO DE DERECHO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL, TOMO IV, PÁG. 336)¹⁰⁰.

En la mencionada causa por lavado de activos contra el “clan Ale”, el Juzgado Federal N° 2 de la provincia de Tucumán ordenó la intervención judicial de diversas sociedades señaladas como uno de los medios utilizados para la comisión del delito debido a que seguían realizando su actividad comercial y no podía descartarse la posible continuidad de las maniobras delictivas¹⁰¹.

También puede considerarse lo resuelto en la causa “Ruidíaz”, en la cual, como complemento del embargo de un campo ya decomisado en la sentencia condenatoria como producto del delito de lavado de activos, el Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 2 dispuso la designación del Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria (INTA) como depositario y administrador del inmueble rural por cuanto: “... el deber del Tribunal asegurar tal bien a los fines de evitar toda depreciación o alteración del mismo adoptando las medidas necesarias para ello (...) La autoridad pública sugerida para ser designada depositaria y administradora del mismo –el Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria (INTA)– por su especialización resulta la adecuada para tales fines...”¹⁰².

VII.6. Prohibición de innovar

Cuando durante la tramitación del proceso resulta necesario preservar una situación de hecho o de derecho preexistente, puede solicitarse una medida cautelar de prohibición de innovar (art. 230 CPCCN¹⁰³). Esta medida produce efectos a partir de su notificación, es decir, desde que su destinatario toma conocimiento de la orden judicial que dispone no innovar sobre una determinada situación. En cuanto a terceros ajenos al proceso, si se trata de bienes registrables la medida sólo produce efectos desde la fecha de anotación en el respectivo registro¹⁰⁴.

La medida de no innovar no se admite cuando se trata de asegurar la indisponibilidad de un bien (que se cumpliría con un embargo preventivo o una prohibición de contratar), pero sí procede respecto de una cuenta corriente bancaria, en cuyo caso corresponde ordenar al banco que se abstenga de realizar actos que signifiquen innovar en la situación de la cuenta¹⁰⁵. También resulta aplicable para preservar

100 Juzgado Federal N°1 de Corrientes, “Inc. de embargo en autos: Ferrini, Flavio A. p/sup.inf. a los art. 310, 303 y 210 del C.P.”, causa n°6354/2015/111, rta: 18/03/2016.

101 Juzgado Federal N° 2 de Tucumán, “UIF s/ denuncia” (causa Nro. 32191/2013, Incidente N° 28), 03/10/14.

102 TOPE N° 2, “Bogarín, Florencio Carlos y otros s/ inf. Ley 22.415 e inf. art. 303 CP” (Incidente N° 9 caratulado “Ruidíaz, Gerardo s/ incidente de embargo”), 11/08/15.

103 Art. 230: Podrá decretarse la prohibición de innovar en toda clase de juicio siempre que: 1) El derecho fuere verosímil. 2) Existiere el peligro de que si se mantuviera o alterara, en su caso, la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible. 3) La cautela no pudiere obtenerse por medio de otra medida precautoria.

104 KIPER, ob. cit., p. 408.

105 CNCivil, sala C, 19-7-2002, J.A. 2002-IV-290.

los activos existentes en un fondo de comercio¹⁰⁶.

Debe tenerse presente que la legislación prevé un supuesto específico de prohibición de innovar en procesos penales vinculados a hechos de lavado de activos o financiamiento del terrorismo en el art. 14, inc. 5 de la Ley N° 25.246, que faculta a la Unidad de Información Financiera (en adelante UIF) a:

Solicitar al Ministerio Público para que éste requiera al juez competente se resuelva la suspensión, por el plazo que éste determine, de la ejecución de cualquier operación o acto informado previamente conforme al inciso b) del artículo 21 o cualquier otro acto vinculado a éstos, antes de su realización, cuando se investiguen actividades sospechosas y existan indicios serios y graves de que se trata de lavado de activos provenientes de alguno de los delitos previstos en el artículo 6° de la presente ley o de financiación del terrorismo. La apelación de esta medida sólo podrá ser concedida con efecto devolutivo.

Con respecto a la prohibición de innovar, podemos mencionar la causa en la que el juez federal de Paso de los Libres, en un caso de intermediación financiera no autorizada y lavado de activos, ordenó una medida de no innovar a los efectos de impedir que los activos que se pudieran encontrar en una caja de seguridad fueran sustraídos hasta tanto se registrara su contenido, por considerar que: “se encontraban activas durante la realización de las maniobras ilícitas e incluso algunas de ellas fueron dadas de alta en dicho marco, por lo que en ellas se podría estar ocultando el producto o provecho del delito investigado”¹⁰⁷.

La medida también podría resultar de utilidad para *impedir que una empresa distribuya dividendos o que modifique su composición accionaria*¹⁰⁸, aunque debe subrayarse que para hacerla efectiva deberá notificarse a la propia sociedad (no al registro público de comercio o Inspección General de Justicia).

VII.7. Prohibición de contratar

La prohibición de contratar, receptada por el art. 231 CPCCN¹⁰⁹, es una modalidad de la prohibición de innovar “en cuya virtud el juez está facultado para ordenar que los eventuales interesados se abstengan de celebrar el contrato y para acordar publicidad a la prohibición”¹¹⁰, buscando así evitar

106 CNCom. Sala D, 10-5-2001, “Borel Karina M c/ García Angélica R.

107 Juzg. Fed. de Paso de los Libres, “Av. Posible delito de acción pública – infracción leyes 24.469, 19.365 y art. 303 Código penal”, causa n° FCT 3084/2016, rta: 13/06/2017.

108 Juzgado Federal N° 2 de Tucumán, “UIF s/ denuncia” (causa Nro. 32191/2013, Incidente N° 28), 03/10/14.

109 Art. 231: Cuando por ley o contrato o para asegurar, la ejecución forzada de los bienes objeto del juicio, procediese la prohibición de contratar sobre determinados bienes, el juez ordenará la medida. Individualizará lo que sea objeto de la prohibición, disponiendo se inscriba en los registros correspondientes y se notifique a los interesados y a los terceros que mencione el solicitante.

La medida quedará sin efecto si quien la obtuvo no dedujere la demanda dentro del plazo de CINCO (5) días de haber sido dispuesta, y en cualquier momento en que se demuestre su improcedencia.

110 PALACIO, ob. cit., p. 351.

que una “contratación transfiera u otorgue derechos a terceros sobre un bien determinado”¹¹¹. Esta medida precautoria es útil en los casos de bienes registrables, siendo necesaria su inscripción en el registro para su oponibilidad a terceros.

La medida bajo análisis puede resultar de utilidad para impedir una cesión de derechos, notificando tanto a los propios titulares de los derechos de que se trate como, de ser posible identificarlos, a terceros intervinientes tales como el fiduciario respecto de derechos en expectativa de un fiduciante y/o beneficiario, o el escribano en relación con derechos cuya cesión deba instrumentarse por escritura pública (ver art. 1618 del Código Civil y Comercial de la Nación).

Así, por ejemplo, se entendió pertinente disponer la prohibición de contratar respecto de los derechos de la adjudicación y transferencia de las unidades funcionales de un contrato de fideicomiso inmobiliario.¹¹²

VII.8. Anotación de litis

La *anotación de litis* es una medida que tiene por objeto la publicidad de un pleito sobre un determinado bien registrable a fin de que los terceros tomen conocimiento de ello, pero sin restringir las facultades de disposición, lo que la diferencia del embargo. Al respecto la doctrina ha dicho que “a través de la anotación de litis se logra la publicidad erga omnes del litigio pendiente como modo de evitar toda invocación de buena fe por parte de un eventual adquirente”¹¹³.

Entendemos que la anotación de litis es la medida adecuada para resguardar aquellos bienes sobre los que hay indicios de que pertenecen a los imputados, registrados a nombre de terceros y aun no se han incorporado elementos que acrediten la verosimilitud del derecho invocado y que, por tanto, permitan tomar una medida precautoria de mayor envergadura. En sintonía con esto, el juez Federal de Paso de los Libres, en una causa por lavado de activos de origen delictivo, hizo suyos los argumentos de este Ministerio Público y señaló que “[a]tento a que los bienes detallados pertenecerían a terceros, resulta indispensable trabar la medida cautelar de Anotación de Litis para estos activos”¹¹⁴.

La anotación de litis resultó fundamental en la ya citada causa “Pensado”, en la cual, respecto de un inmueble que habría sido utilizado por sus locatarios como instrumento del delito de trata de personas, ante la eventualidad de que con el avance de la causa se determinara que el bien era

111 KIPER, ob. cit., 421.

112 Jdo. Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N°11, Secretaría N°22, “Lagomarsino, Diego Ángel s/averiguación de delito”, rta: 28/08/2015.

113 KIPER Claudio, Medidas cautelares, Ed. La Ley, Buenos Aires, p. 391.

114 Juzg. Fed. de Paso de los Libres, “Av. Posible delito de acción pública – infracción leyes 24.469, 19.365 y art. 303 Código penal” causa n°FCT 3084/2016, rta: 13/06/2017.

producto o provecho del delito, para no frustrar su eventual decomiso el tribunal ordenó, entre otras medidas, la anotación de litis¹¹⁵.

VII.9. Medidas genéricas

En aquellas situaciones en que las medidas precautorias expresamente previstas no sean eficaces el/la juez puede determinar la medida más conveniente según el caso, de acuerdo a lo establecido en el art. 232 CPCCN. Esta norma importa un marco de discrecionalidad para el/la juez, quien puede ordenar la medida más adecuada para asegurar bienes con fines de decomiso, multa o indemnización civil; para hacer cesar la comisión del delito o sus efectos, o bien para evitar que se consolide su provecho u obstaculizar la impunidad de sus partícipes (arts. 23 CP y 518 CPPN). Al igual que ocurre respecto de toda medida cautelar, su procedencia requiere acreditar la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora.

En el ámbito de procesos penales por delitos vinculados con la criminalidad económica compleja, se destacan dos medidas cautelares genéricas a las que puede recurrirse.

En primer término, la cancelación de CUIT, aplicable a los casos en que se detectan “sociedades pantalla”, constituidas al solo efecto de cometer el delito u ocultar su producto, pero que no realizan ningún tipo de actividad lícita. Esta medida impedirá la realización de operaciones económicas y/o financieras que requieran una CUIT activa. En efecto, así lo ha reconocido la jurisprudencia en los casos en que “ha quedado demostrado –aun con la provisoriedad propia de la instancia– que el entramado societario (...) fue gestado ad-hoc a los fines de proceder al contrabando de estupefacientes”¹¹⁶.

Asimismo ha señalado que “[s]i bien es cierto que –como ha dicho la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal– la cancelación de la CUIT “significa la desaparición de la identidad tributaria del contribuyente o responsable que le impide desarrollar su labor en el marco de la legalidad”¹¹⁷, lo cierto es que ambas empresas habrían realizado sus escasas operatorias comerciales al sólo efecto de traficar estupefacientes. Por lo tanto, la medida excepcional requerida por el Agente Fiscal adquiere una notable utilidad, pues logra evitar la continuidad de ese entramado societario –al menos en la República Argentina– dedicado al contrabando de sustancias ilícitas, aún de forma cautelar. No resulta irrazonable bloquear las operaciones de dos empresas cuyo único objeto real era el tráfico de estupefacientes”¹¹⁸.

Es importante destacar que esta medida no puede ser adoptada administrativamente (tal como prevé la Resolución RG (AFIP) 3358/12), sino que debe serlo en virtud de una orden jurisdiccional, pues se

115 Juzg. Fed. Crim. y Correcc. N° 3 de Mar del Plata, “Ana Pensado y otros s/ inf. Ley 26.364” (Incidente de restitución N° 6017/10), 21/05/13.

116 Juzgado Federal de General Roca – Secretaría Penal, “Mello, Walter David y otros s/ Contrabando de estupefacientes artículo 866 2° párrafo Código Aduanero” (Nro. 10388/2015), 07/03/2016.

117 CNCAF, sala IV, causa 204/2013, “FDM Management SRL c/ EN-AFIP-DGI-RG 3358/12 s/ amparo ley 16.968, resuelta el 20/02/2014.

118 Juzgado Federal de General Roca – Secretaría Penal, “Mello, Walter David y otros s/ Contrabando de estupefacientes artículo 866 2° párrafo Código Aduanero” (Nro. 10388/2015), 07/03/2016.

ha considerado que: "... una medida de este tipo significa la desaparición de la identidad tributaria del contribuyente o responsable [...] Por su gravedad, en cuanto a sus consecuencias y efectos, aquélla no puede surgir implícitamente de las competencias expresas y admitirla sería contravenir el principio que impone que la restricción de derechos se realice por ley (arts. 19 de la Constitución Nacional y 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y Opinión Consultiva 6/86 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)"¹¹⁹. Por esas razones, se declaró la inconstitucionalidad del reglamento RG (AFIP) 3358/12, en cuanto autorizaba al organismo a decidir la cancelación, decisión que fue confirmada por la CSJN¹²⁰. En consecuencia, la medida debe ser decidida por el/la juez, quien encomendará su instrumentación a la AFIP.

Por otra parte, debe considerarse que en los casos en que se verifican operaciones en el sistema financiero realizadas con activos de origen ilícito puede solicitarse como medida genérica el congelamiento de productos bancarios. La medida se adopta en forma provisional, hasta que se logre determinar con exactitud el destino de las ganancias ilícitas depositadas en el sistema financiero para proceder a su embargo preventivo. A efectos de que esta herramienta precautoria resulte efectiva es conveniente solicitar que se realice con intervención del Banco Central de la República Argentina (BCRA), de modo que por su intermedio se requiera a todas las entidades financieras su aplicación inmediata.

El congelamiento de cuentas fue utilizado en la ya citada causa contra el denominado "clan Ale", ordenándose "el bloqueo inmediato de los fondos y/o valores, sumas, productos o activos que a la fecha tuviera depositado o registrase"¹²¹.

En el mismo sentido, en la causa "Fontanellas", ante un pedido de la UIF, el Juzgado Federal ordenó, antes de citar a los denunciados a prestar declaración indagatoria, que el BCRA procediera a la suspensión y congelamiento de toda cuenta corriente, caja de ahorro y/o depósito bancario respecto de todas las personas físicas y jurídicas involucradas, destacando que "pese a lo incipiente de la investigación (...) los elementos aportados por el denunciante resultan verosímiles y por ende suficientes para hacer lugar a la medida solicitada"¹²².

119 CCAF, Sala IV, "FDM Managment SRL c/EN-AFIP-DGI-RG 3358/12 s/amparo ley 16.986", expte. n°204/13, rta: 20/02/2014.

120 CSJN, "Recurso de hecho FDM Managment SRL c/EN-AFIP-DGI-RG 3358/12 s/amparo ley 16.986", F. 246. L., rta: 20/08/2014.

121 Juzgado Federal N° 2 de Tucumán, "UIF s/ denuncia" (causa Nro. 32191/2013, Incidente N° 28), 03/10/14.

122 Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal N° 1, "Fontanellas Bobo, Sergio Marcelo s/ encubrimiento" (causa N° 12.982/11), 31/10/2011.

VIII. CONCLUSIÓN

En esta Guía de Medidas Cautelares para el Recupero de Activos se propone una serie de herramientas teóricas y prácticas que permiten concluir que la etapa precautoria del recupero de activos debería desarrollarse del siguiente modo:

1. Realizar la investigación patrimonial previa que permita individualizar y localizar los activos, sean de origen ilícito (para asegurar el decomiso) o lícito (para asegurar la multa y la indemnización civil).
2. Procurar la adopción de medidas cautelares desde el inicio de las actuaciones, acreditando la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora.
3. Orientar la adopción de las medidas cautelares a asegurar las cuatro categorías de responsabilidades patrimoniales: decomiso, multa, restitución e indemnización.

Decomiso:

- Considerar los casos en que las medidas proceden respecto de terceros.
- Orientar las medidas no sólo a los instrumentos, sino también al producto y al provecho del delito.
- Incluir los bienes por los que los instrumentos, el producto y/o el provecho hayan sido reemplazados o en los que se hayan transformado.

Multa: recordar el impacto de la imputación de los hechos sobre las posibilidades de fundar con éxito la pretensión cautelar sobre bienes lícitos para asegurar la pena pecuniaria.

Restitución: considerar la importancia de adoptar medidas cautelares que aseguren la devolución de los activos de los que las víctimas (tanto personas físicas como jurídicas, públicas o privadas) fueron despojados por la comisión del delito.

Indemnización civil: considerar la posibilidad de obtener medidas cautelares para asegurar la indemnización civil incluso en ausencia de un actor civil formalmente constituido.

4. Atender a los recaudos procesales y formales vinculados a cada una de las medidas cautelares: inscripciones, notificaciones, aplicabilidad de distintas medidas según las circunstancias del caso.
5. Incluir en el requerimiento de elevación a juicio un detalle pormenorizado de los bienes que se afectarán a cada una de las categorías anteriormente mencionadas.

En el marco de las diversas estrategias desarrolladas en la materia, se espera que las recomendaciones propuestas en este documento se conviertan en una herramienta de utilidad para los y las integrantes del Ministerio Público Fiscal de la Nación involucrados/as no sólo en la persecución penal de las personas, sino también en la identificación, localización, cautela y decomiso de las exorbitantes ganancias económicas generadas por la criminalidad económica compleja.



MINISTERIO PÚBLICO
FISCAL
PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN
REPÚBLICA ARGENTINA

MINISTERIO PÚBLICO
FISCAL

PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN
REPÚBLICA ARGENTINA